

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ANALOGIE ET L'INTERPRÉTATION

CONTRIBUTION

A L'ÉTUDE DES MÉTHODES EN DROIT PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mardi 20 Juin 1911, à 1 heure 1/2,

PAR

J. SPASSOÏEVITCH

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
 PLANOL, professeur.*

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1911

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ANALOGIE ET L'INTERPRÉTATION

CONTRIBUTION

A L'ÉTUDE DES MÉTHODES EN DROIT PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mardi 20 Juin 1911, à 1 heure 1/2,

PAR

J. SPASSOÏEVITCH



Président : M. LYON-CAEN, professeur.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
 PLANOL, professeur.*

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1911

Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE PREMIER

I. Poser la question d'interprétation c'est poser la question d'analogie. — II. L'interprétation dans ses différentes phases depuis la promulgation du Code civil. — III. La conception de l'analogie dans la doctrine française jusqu'aux théories modernes de l'interprétation. — IV. a) L'analogie dans la théorie de la volonté du législateur ; b) l'analogie dans la théorie sociologique.

I

Une organisation sociale suppose un droit qui règle les rapports entre les hommes. Nous vivons sous la législation codifiée. Quelle que soit sa perfection, elle contient des lacunes, c'est une œuvre humaine et comme telle imparfaite. « Il est impossible d'établir un corps de lois, qui eut d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen » (1). Il arrive parfois aussi que le législateur n'a pas pris la pleine et parfaite conscience de la règle qu'il se proposait d'établir. Cette défaillance de l'esprit est loin d'être rare dans les actes de la volonté humaine. Des lacunes sont inévitables dans la rédaction des actes législatifs, dans ceux surtout des vastes codifications contenant une infinité de solutions, sur chacune des-

(1) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. I, p. 470-471.

quelles la pensée des auteurs de la loi n'a pu s'arrêter toujours de façon à en élucider tous les détails. Et pour les lois récentes, la défectuosité et la complication du mécanisme législatif ont eu souvent ce résultat que, par crainte des difficultés que présente un accord complet entre les organes législatifs et pour ne pas manquer ou trop retarder une réforme on a renoncé, de parti pris, à éclairer certains points délicats, que parfois on a déclaré vouloir abandonner à la jurisprudence, de sorte que la formule qui s'y réfère obscurément ne rend en réalité aucune volonté bien cohérente (1).

D'autre part la société évolue; dans cette évolution participent de nombreux facteurs : état économique, idées politiques, religieuses, etc. Mais la vie exige aussi qu'on solutionne chaque question qu'on lui pose. De là la nécessité de compléter la loi et le besoin d'avoir sous la main un ensemble de règles, apte à la réalisation de ce but. Car si en regardant le droit du dehors et en tant que mêlés nous-mêmes à ses transformations, nous pouvons dire que le droit est une chose essentiellement vivante et qu'il consiste dans une lutte, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences sociales, cette vie, cette lutte supposent et impliquent un instrument incessamment productif, qui recevra tous les éléments du dehors en lui-même, pour les projeter ensuite dans un champ d'activité propre. Cet instrument qui, à défaut d'un organe constitutionnel spécialement adapté à ce but (tel qu'était l'édit du préteur romain) doit se trouver à la portée du magistrat, comme du juriste de cabinet et

(1) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 1899, p. 262.

qui est également nécessaire pour la solution des questions pratiques et pour une féconde systématisation de la jurisprudence, ne peut être dans notre civilisation moderne qu'une méthode à la fois large et souple dont il appartient à la science seule de définir les procédés et de fixer les lois. Assurément, la méthode elle-même n'est pas à créer. Elle existe, elle agit, elle a fait ses preuves ; mais c'est notre droit et dans une certaine mesure même notre devoir d'en approfondir, d'en apprécier le fonctionnement actuel, de chercher à la perfectionner (1).

Et on se rend compte en quoi consiste la tâche de la science. Elle veut regarder les choses objectivement, partant en dehors des armes auxquelles on recourt nécessairement dans la pratique ; son seul moyen est d'envisager les choses d'un point de vue où elle peut les juger dans leur enchaînement nécessaire et inévitable, par conséquent logique. Tout en constatant que la vie évolue nous ne pouvons embrasser toute l'évolution, il faut la circonscrire à une époque, à un ensemble d'idées homogènes. Tout en admettant qu'au point de vue général il y a des transformations et l'idée du but, en se plaçant au point de vue pratique, on ne peut juger les choses qu'à travers un ensemble de principes qui s'agencent et se pénètrent les uns les autres, en se complétant, en donnant une image unie. L'évolution n'implique pas un plan uniforme, une ligne continue, mais quand on se place au point de vue pratique, on ne peut plus penser à toute l'évolution ; quelle que soit la largeur de vues sous ce rapport, l'activité spéculative est aussi une délimitation ; une stabilité relative est nécessaire. Notre attention est

(1) Gény, *op. cit.*, p. 7.

fixée sur un moment de cette évolution qu'on détache en quelque sorte du tout, puisqu'il est seul présent et actuel. On voudrait ramener tout à lui, il est le centre autour duquel tout gravite. Si cette délimitation n'existait pas, la vie sociale ne serait pas possible.

Lorsqu'on pose la question d'interprétation, il est inévitable de poser aussi la question d'analogie. La loi contient des vides et il faut établir des règles pour la compléter, mais d'autre part : « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière (1) ». L'interprétation de la loi écrite serait réduite à un champ d'application infiniment restreint, absolument maigre en résultats, si elle devait s'en tenir exclusivement à la formule du texte, ne pas dépasser la ligne de ses éléments strictement intrinsèques. Admettre l'existence d'une législation, la supposer présente, partir de cette considération qu'il y a un droit qui existe et qui par sa valeur sociale peut, dans une certaine mesure, fournir les cadres nécessaires pour féconder la matière juridique dans les cas restés en dehors des prévisions du législateur, c'est admettre l'existence des procédés qui permettent d'atteindre ces résultats. Nécessairement le procédé, auquel on recourra le plus fréquemment, ne peut être autre que l'analogie. Pour cet ensemble de règles homogènes dont l'interprète a besoin, elle est l'instrument indispensable. Tant que règnera dans l'histoire la loi que le général ne naît pas en la forme générale, mais sous une forme limitée, le besoin de l'extension par analogie persistera (2) et l'adage romain *ubi*

(1) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 470.

(2) Ihering, *Esprit du droit romain*, traduction française, t. III, p. 35.

eadem ratio ibi eadem jus, sera toujours applicable.

C'est à cause de son importance que bien des législateurs d'autrefois ont cru nécessaire de la mentionner dans les dispositions générales comme procédé indispensable, en déterminant parfois même les conditions de son emploi (1). Dans d'autres sciences elle rend des services incontestables.

Si nous envisageons l'usage qui en est fait généralement, nous dirons que sous ce nom, on désigne toute espèce de ressemblance et en particulier une ressemblance accompagnée de beaucoup de différences, une ressemblance incomplète. On pourrait dire que raisonner par analogie c'est tirer une conclusion par ressemblance observée entre deux choses reconnues semblables en un ou plusieurs points, qu'elles se ressemblent encore par un caractère non observé (2). A cette définition on pourrait en ajouter beaucoup d'autres. L'analogie conclut de la ressemblance de deux choses en certains points, à leur ressemblance dans le reste (Kant). De la donnée de rapports identiques on conclut à une identité de la raison de ces rapports (Cournot). L'analogie n'est qu'une anticipation sur ce que l'observation et le raisonnement auraient pu dévoiler immédiatement si les cir-

(1) Allgemeine Landrecht für die Preussische Staate Einleitung, § 49 ; Badisches Landrecht de 1809, art. 4 a ; Code civil autrichien de 1811, art. 7 ; Bürgerliches Gesetzbuch de Saxe de 1863, § 25-26 ; Code civil italien de 1865, dispositions générales, art. 3, alinéa 2 ; Code civil portugais de 1867, art. 11, alinéa 16 ; Code civil serbe de 1844, art. 10 ; Code civil du Monténégro. Projet du code civil de la commission de l'an VIII ; livre préliminaire, titre V, art. 8.

Les auteurs du code civil allemand ont fait la tentative de la réglementer, et si la disposition a été supprimée, la raison en était la nécessité d'abandonner ces questions à la doctrine.

(2) Brochard, *Grande Encyclopédie*.

constances s'y prêtaient (Liard) (1). Mais quoi qu'il en soit, de la manière avec laquelle on la définit, ce que nous devons retenir, c'est qu'elle est l'élément de notre logique et comme telle le moyen qui doit trouver sa place déterminée dans la théorie générale des méthodes juridiques. La comparaison est l'essence même de la compréhension et, à ce titre, pour mettre de l'ordre dans les choses, pour les comprendre et les assimiler à notre entendement, l'analogie est indispensable. En un mot, autant que nous voulons établir les règles de l'interprétation des lois dans leur ensemble, il y a là un point sur lequel il est indispensable de se prononcer.

II

Puisque l'analogie se lie étroitement avec l'ensemble de l'interprétation, pour nous rendre compte des principes sur lesquels celle-ci repose, nous ne saurions mieux faire que d'indiquer rapidement comment se sont développées les idées sur ce sujet, ensuite il nous sera facile de revenir à l'analogie, de montrer comment on l'a envisagée dans le passé et quel doit être son rôle à l'heure actuelle.

Tout de suite après la codification, cette question de méthode ne se posait pas. Le procédé auquel on recourt le plus souvent, c'est l'exégèse ; on s'efforce de rattacher à la loi toutes les solutions et l'illusion que le code civil peut satisfaire tous les besoins n'était pas bien loin de la réalité, puisqu'on vivait encore dans cette atmosphère sociale et économique, dans laquelle le droit privé a été codifié. Donc l'asservissement aux textes n'était pas encore à craindre, d'au-

(1) Voir Hamelin, *L'analogie*, *L'année philosophique de 1902*.

tant plus que les commentateurs, par leur passé et leur éducation, appartenaient au droit ancien et intermédiaire (1).

A mesure qu'on s'aperçoit que le droit de 1804 devient insuffisant pour régler tous les rapports nouveaux qui ont surgi avec les transformations des conditions sociales, on cherche à élargir les procédés et à créer un cadre qui permettrait, tout en prenant le code comme base, de trouver une solution juste pour les questions que le législateur n'a pu régler. Désormais l'interprétation ne sera plus seulement littérale, mais logique aussi. La loi n'est pas un amas de dispositions ; celles-ci se tiennent par des principes qui leur sont communs. En les embrassant dans un ensemble d'idées, l'interprétation devient infiniment plus féconde, en permettant de combler les nombreux vides de la loi. Mais, tout en constatant cet effort, il faut remarquer aussi qu'on ne sent pas encore le besoin de résoudre le problème directement. Quoique la question se pose de savoir comment on doit combler les vides de la loi, les interprètes de cette époque croient que les idées directrices, en ce qui concerne la conception de la loi, ses caractères et la méthode du XVIII^e siècle, suffisent. Or, celles-ci n'étaient, après tout, que la transposition, dans le sens de l'anthropomorphisme, des théories anciennes sur le pouvoir absolu du souverain. Le souverain réel et effectif n'était plus le roi, mais le législateur. Le juge qui était son interprète ne pouvait parler qu'en son nom et dès lors, lorsqu'il applique la loi, il était censé exécuter un ordre du souverain. Toute décision judiciaire devait être la traduction d'une volonté collective. L'interprétation ne pou-

(1) Charmont et Chausse, *Les interprètes du code civil* dans le *Livre du centenaire*, p. 153.

vait être qu'une recherche fictive de cette volonté. Lorsqu'une situation nouvelle, que le législateur n'avait pas prévue, se présentait, il fallait faire comme s'il l'avait prévue. Au lieu de se demander si le législateur, devant l'espèce nouvelle, n'aurait pas fait exception aux principes généraux qu'il avait posés, on devait, quoi qu'il pût arriver, étant données les prémisses, traiter ce problème d'après les conceptions abstraites et les règles strictes attribuées au législateur, dès que l'hypothèse elle-même était de nature à rentrer sous leur application (1).

Or, si ces idées pouvaient être acceptables au premier moment après la codification, ici, en les adoptant, on se mettait directement en opposition avec la réalité. On se trouve à une époque éloignée de la promulgation du code. Les conditions sociales ayant changé il fallait poser directement la question. Comme la chose n'a pas été faite, les idées du XVIII^e siècle gardaient toute leur fraîcheur. Ce sont ces circonstances qui ont permis de considérer cette doctrine comme étant trop étroite. Quoique l'on ne puisse dire que ce groupe d'interprètes représente une école dans le vrai sens du mot, cette confiance exagérée dans le texte et la volonté du législateur leur donne une place à part. Ils font effort pour remédier aux inconvénients d'une législation sur laquelle le temps commence à faire son œuvre. Mais comme on croit toujours que le code civil peut suffire indéfiniment à fournir la solution, même pour les institutions dont le législateur n'avait pas pu prévoir l'apparition, on est arrivé à immobiliser le droit. Quelle que soit la valeur de la loi, quand il s'agit de

(1) Saleilles, *Le code civil et la méthode historique* dans le *Livre du centenaire*, 1904, t. I, p. 120-121.

son application, on doit toujours tenir compte du milieu et de l'époque dans laquelle nous vivons, d'après leur conception, la loi, même après une époque assez éloignée de sa confection, aurait gardé la même marque qu'elle avait au début, et puisque toute l'interprétation repose sur la volonté réelle ou fictive du législateur de 1804, alors chaque solution devrait être ramenée aux idées de ce temps.

Mais, si cette tendance que nous venons de marquer, est bien visible chez certains auteurs, il ne faut pas y voir une théorie qui serait rigoureusement appliquée par tous ; d'ailleurs comme elle n'a jamais été formulée, de même qu'il était facile de l'adopter, de même il était possible de l'abandonner petit à petit. Et on n'a pas manqué de le faire ; c'est pourquoi on a pu dire qu'il y aurait injustice à ne pas reconnaître que, grâce à leur bon sens pratique, les commentateurs disciplinés et contenus par les formules légales ont su, le plus souvent, se garder de tout excès. Sous la pression impérieuse des faits, à la longue, ils ne se sont pas fait scrupule d'abandonner des conceptions admises d'abord comme des règles absolues. Bien des théories ont été élaborées par eux en dehors de tout système préconçu pour appliquer la loi conformément à son but ou pour rendre compte de certains courants de la pratique. Les principes eux-mêmes ne doivent être ni immuables, ni nécessaires, mais constituer seulement des approximations idéales sans perdre leur caractère spécifique ; il faut qu'ils puissent s'infléchir et s'assouplir pour s'accommoder aux besoins de la pratique. C'est dans cet esprit que la méthode a été appliquée. Elle n'a pas arrêté les progrès du droit, mais elle a donné à la codification plus de résistance et de solidité, et empêché les inno-

vations hasardeuses dont l'expérience n'aurait pas suffisamment éprouvé la valeur (1) .

Ainsi, comme il n'y a pas de moment précis où l'école des interprètes commence, de même on ne peut pas dire au juste où elle finit. Et il s'est produit ce qui était inévitable. Le juriste est l'homme de son époque, avec le temps ses idées changent insensiblement, subissent le courant des idées qui l'enveloppent et, par la force des choses, il a dû s'engager dans la voie que la jurisprudence n'a jamais abandonnée. De sorte que, quoique le code reste toujours comme centre d'élaboration sous l'influence de ces nouvelles poussées, il n'est plus possible de revenir toujours sur la volonté certaine ou présumée du législateur, mais d'adapter plutôt les dispositions de la loi aux nouvelles exigences, tout en leur ôtant le moins possible de leur sens primitif. C'est ainsi que bien avant l'ouvrage de M. Gény, nous avons des tentatives d'innovation, lesquelles, si elles ne représentent pas des systèmes complets de règles, sont mues par des idées bien réelles. Dans une partie de la doctrine, on pratique la déduction tempérée. Dans l'autre, qui par la suite s'est montrée beaucoup plus féconde, on suit l'œuvre de la jurisprudence et on ne cherche pas seulement dans quelle mesure elle se conforme aux idées du législateur d'autrefois, mais on se borne plutôt à la diriger en cherchant les conceptions qui répondent le mieux aux solutions qu'elle a admises. A ces tendances nous ne pouvons plus adresser les reproches que méritaient les interprètes.

Une fois ce résultat obtenu, sont venues les nouvelles théories. Quoi qu'il y eût déjà quelque chose de changé, on sentait qu'on ne pourrait pas s'arrêter là, qu'il fallait pousser

(1) Charmont et Chausse, *op. cit.*, p. 155.

cette tendance plus loin et plus hardiment. Puisqu'on était devant une méthode toute différente de celle des classiques il était inévitable que le problème se posait de lui-même : une épuration était nécessaire. On devait se rendre compte, non seulement que ce nouveau droit existe, mais aussi observer quels sont les motifs particuliers qui ont présidé à ces solutions. Si on peut citer des cas où la jurisprudence, aidée par la doctrine, a donné satisfaction, ne pourrait-on citer un grand nombre d'autres, où le même besoin se faisait sentir et où la solution faisait défaut, soit par l'intransigeance de la doctrine, soit par suite des hésitations de la jurisprudence. Et il fallait bien que ces motifs apparussent clairement, non seulement pour comprendre l'acquis, mais aussi pour régler les questions en suspens, autant que pour celles qui allaient venir.

C'est M. Gény qui a donné le premier ouvrage complet concernant toute la méthode. D'abord il rejette définitivement la conception des interprètes, que la loi est l'unique source du droit et qu'elle permet de résoudre toutes les difficultés que fait naître la pratique et s'attaque surtout aux constructions juridiques ; celles-ci, bien loin de lui emprunter leur valeur, sont uniquement l'œuvre de l'interprète ; poussées à l'extrême, elles étouffent par leur étroitesse toute formation consciente et réfléchie du droit. Les seuls préceptes légaux, qui tiennent le juge, ne sont que ceux expressément insérés dans la loi. Mais en revanche celle-ci lie le juge indéfiniment, tant qu'elle n'a pas été remplacée, étant donnée la séparation des pouvoirs, et qu'elle tire sa valeur de la volonté du législateur et cette dernière reste la limite de la portée de la loi.

Ensuite il examine la valeur de la coutume et limite très

strictement son rôle ; il ne lui reconnaît autorité impérative que quand la coutume est constituée à côté de la loi et la supplée par des points que celle-ci n'a pas tranchés. Il la rejette, soit qu'elle tend à effacer une loi par désuétude soit qu'elle contredise cette loi ou la modifie dans ses dispositions formelles. D'après M. Génv, dans tous les cas où un rapport juridique n'est pas expressément réglé par la loi ou par la coutume, dans les cas où celle-ci doit avoir force de loi, la solution doit être demandée non à une construction logique ou à une argumentation basée sur la logique pure, *mais à la nature des choses positives* dont l'investigation appartient à la libre recherche scientifique, recherche indépendante, assujettie seulement à dégager les solutions d'après une méthode strictement scientifique en se guidant sur les données premières de la raison ou de la conscience et pour le surplus, en s'inspirant des résultats fournis par toutes les disciplines qui, analysant le monde social, nous révèlent dans sa structure intime et ses exigences profondes ce qu'on a pu appeler la nature des choses positives, seules capables de suppléer les sources formelles défailiantes en donnant un fondement objectif à nos investigations.

A côté de cette conception, il y en a une autre, dont le principe consiste dans l'idée que la loi doit évoluer avec les besoins de la société. Elle part de ce point de vue que l'interprétation des lois ne peut consister à découvrir la volonté du législateur, chose impossible et but purement fictif. Car s'il en était ainsi, il faudrait savoir ce que chacun de ceux qui ont participé au vote de la loi a voulu, et dégager de cette moyenne la volonté générale qui a été celle de la majorité, toutes choses impossibles. Le législateur émet la loi comme un principe d'ordre social, qui doit se suffire à lui-même. La loi n'est pas un rè-

glement d'espèce, elle est un procédé destiné à régir les relations des individus vivant en société. Elle a surtout en vue l'avenir, et non seulement la satisfaction des besoins du moment, ceux qui lui ont donné naissance, mais la satisfaction des besoins permanents de la collectivité, en tant qu'ils se relient à l'objet qu'elle a prévu et réglé. La loi doit donc être assez souple et assez flexible pour s'adapter à toutes les nécessités juridiques et sociales qui se font jour. D'autre part, enfin, elle doit s'y adapter non pas en les servant à l'aveugle et en se mettant à leur remorque, mais en les dirigeant et en leur imprimant l'orientation générale qui dérive de son but particulier et de l'ensemble du système juridique dont elle fait partie. Par suite, l'interprétation est le procédé qui met la loi à même de remplir son but initial, lui permet de satisfaire à son but ultérieur, et enfin lui garde son rôle de directrice générale de la vie juridique de la collectivité.

Aucune loi n'est un tout par elle-même. Elle se rattache à un système d'ensemble qui constitue le mécanisme juridique, et ce mécanisme juridique n'est lui-même qu'un mode d'organisation de la vie sociale, qui sous le couvert du droit devient un organisme complet et vivant. Le droit n'existe pas pour lui-même, mais pour la collectivité. Aucune des relations individuelles auxquelles il s'adapte ne peut être isolée de l'ensemble. Toute loi ne peut s'interpréter que comme une pièce d'ensemble, faisant partie d'un organisme complet. Il va de soi que toute interprétation s'appuie sur le texte de la loi, mais qu'elle le déborde, ce n'est qu'une base ou un point de départ. Dans cet organisme juridique qui constitue la loi d'un pays, viendront s'insérer et se fondre tous les éléments de la vie juridique : coutumes, nécessités

de la vie économique, conceptions morales, modifications des rapports sociaux. Toutes ces sources inorganisées ne valent que par la loi et par leur relation et leur adaptation au système général du droit positif. Le juge pourra et devra puiser à cette source de production juridique étrangère au contenu du droit positif, sans être tenu de n'emprunter ses concepts et ses règles de droit qu'à l'ensemble de l'appareil légal. Mais en même temps il faudra que les conceptions s'adaptent à l'ensemble général du système légal, qu'ils puissent y entrer comme des rouages nouveaux destinés à perfectionner le mécanisme d'ensemble et à retirer de lui la force qui doit les mettre en mouvement (1).

III

Puisque l'analogie se lie étroitement à l'interprétation dans son ensemble, quel rôle a-t-elle joué dans les différentes doctrines et quelle place doit-on lui accorder présentement?

La conception de l'analogie dans la méthode des interprètes du code civil, aux époques qui ont suivi immédiatement la codification, n'avait rien de préparé, de concerté ; on la pratiquait sans s'en rendre compte et d'une façon presque inconsciente. D'ailleurs il n'en pouvait être autrement, on était si près de l'élaboration du code que les vides laissés par lui étaient plutôt rares.

A mesure qu'on s'éloigne de ce moment, son emploi devient plus fréquent, on annonce sa nécessité et son emploi. Mais étant donné l'ensemble d'idées qui guident la doctrine d'alors,

(1) Saleilles, *Introduction au nouveau code civil allemand*, 1904, p. 88 et suiv.

de même que, pour les premiers, il n'était pas nécessaire de s'en occuper puisque la question d'interprétation ne se posait pas, de même ici il est inutile de lui donner une place à part, car suivant le postulat essentiel sur la plénitude, *a priori*, de la législation écrite, elle ne peut être légitime et pratiquée que comme un mode d'interprétation pur de la loi. Comme le postulat, selon lequel la loi embrasse tout, est toujours présent à l'esprit, une discussion indiquant comment l'analogie devrait fonctionner devient inutile. Elle est déterminée par la conception de la loi, c'est un complément du dogme, peu importe l'idée concrète, dont on se servait pour exprimer la chose ; et comme tous les procédés reconnus objectifs obéissent en définitive à l'idée de codification, leur limite extrême est d'avance déterminée ; inutile de chercher leur mécanisme propre.

Et voici dans quel ordre d'idées on arrive ordinairement à ce résultat. D'après l'article 4 du code civil, le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi ne sont pas une excuse pour le juge en lui permettant de s'abstenir de juger. Sous peine d'être poursuivi comme coupable de déni de justice, il doit résoudre chaque problème qu'on lui pose. De là il n'y a qu'un pas pour dire que la loi contient tout, et qu'il serait bien étonnant de trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions législatives (1), et nécessairement l'analogie servira de guide. Il est vrai que certains auteurs, en discutant le principe, malgré la disposition de l'article 4, arrivent à dire que le juge a le droit de se refuser à juger dans certains cas, mais comme les cas dans lesquels la loi est insuffisante sont extrêmement rares, un argument d'analogie

(1) Demolombe, *Cours du code Napoléon*.

fournira au juge le principe directeur (1). Ainsi, en ce qui concerne notre question, le résultat est toujours le même. La nécessité de juger, la plénitude de la loi et l'analogie ne font qu'un. De là l'extrême étroitesse du procédé, puisqu'il n'est que le prolongement direct de la loi, il n'est que déduction pure : comme il repose sur la volonté du législateur sinon expresse, au moins implicite quoiqu'il permette d'élargir et de compléter la loi, il en doit toujours garder la symétrie initiale, ne pas toucher à ses cadres qui doivent rester intacts. C'est pour cette raison qu'il devient impossible d'élargir une exception à l'encontre d'une règle générale (2).

Dans la période qui a suivi cette époque, le procédé devient certainement plus large. Cette seule circonstance qu'on ne peut plus accepter le dogme de la volonté du législateur comme une vérité absolue, qu'on se met à suivre la jurisprudence, qu'on reconnaît la déduction tempérée, prouve que le raisonnement juridique ne comporte plus cette rigidité qu'on lui attribuait à l'époque précédente. Ce qui guide la pensée du jurisconsulte, ce ne sont pas seulement les considérations abstraitement tirées de la loi, mais aussi les circonstances de fait ; par suite l'analogie, aussi ne peut plus porter ce caractère étroit qu'elle conservait à l'époque précédente, sa conception s'élargit, ce qui préside à son application c'est le but à atteindre (3).

Mais, si en regardant ce qu'on fait dans la pratique, l'idée

(1) Huc, *Commentaire historique et pratique du code civil*, t. I, p. 165, édition de 1892.

(2) Voir sur ce point, Laurent, *Précis de droit civil*, 1896, t. I, n° 276.

(3) Comparer Aubry et Rau, *Cours de code civil*, § 40, t. I, 1894, p. 195-196.

est nettement marquée, dans les ouvrages de doctrine, à part quelques énonciations, nous ne trouvons pas un développement suffisamment détaillé. Or, énoncer sa fréquence, c'est énoncer son importance ; constater qu'elle est le prolongement de la loi et qu'elle permet d'introduire l'idée du but, c'est indiquer dans quelle voie il faut pousser la recherche pour nous rendre compte de ses éléments et de son fonctionnement ; mais ce n'est pas encore résoudre le problème. Il est impossible de croire que tout ce qu'on pourrait affirmer pour un procédé aussi fréquemment employé, ne tient pour ainsi dire que dans une phrase.

Dans les théories modernes son cadre s'élargit encore davantage. Pour nous en convaincre, nous n'avons qu'à voir dans quelles conditions on énonce le problème.

M. GénY, après avoir déterminé le rôle de la loi et après avoir exposé la nécessité de recourir à la libre recherche, à son défaut, voudrait déterminer comment tracer la voie à une recherche que nous sentons aux prises avec toute la richesse de la vie. Sous le contrôle des principes supérieurs, les rapports de la vie contiennent en eux-mêmes les lois qui les doivent régir. Mais pour dégager ces lois, il ne suffit pas d'analyser ces rapports dans leurs infinies complications, il faut trouver les points d'appui fixes. Or, les seuls indices certains de cet équilibre, se rencontrent dans les bases mêmes de l'organisation positive. Ce que nous appelons les sources formelles, ne serait autre chose que des pièces plus saillantes et mieux marquées de toute charpente vivante que représente notre organisation sociale ? A leur défaut, n'est-il pas nécessaire de découvrir par des procédés moins directs les tissus complexes et cachés qui les entourent et les font vivre ? Le premier appui que l'on rencontre, c'est l'ana-

logie. Indépendamment des solutions directes que nous donnent spontanément les sources formelles, nous apercevons qu'on peut trouver dans leurs solutions mêmes ou dans le système dont elles dessinent quelques lignes plus précises, un complexus de principes excédant la portée propre du texte, participant pourtant, bien qu'avec une énergie moindre, de leur valeur positive (1).

Quand on envisage l'interprétation comme on le fait dans la théorie sociologique, il est évident que l'analogie jouera un très grand rôle. Toutes les sources inorganiques ne valent que par la loi et par leurs relations et leur adaptation au système général du droit positif. Le juge peut et doit puiser dans ces sources inorganisées des productions juridiques étrangères au droit positif. Mais il faut que les conceptions s'adaptent à l'ensemble général du système légal, qu'elles puissent y entrer comme des rouages nouveaux destinés à perfectionner le mécanisme d'ensemble. Il est clair qu'il ne s'agit ici que de l'élargissement du texte, ce qui amène M. Saleilles (2) à remarquer qu'il serait intéressant de montrer sur chacun des points riches en variations de jurisprudence et de doctrine, comment l'analogie fournit une base légale à une évolution judiciaire, inspirée par un but étranger et extérieur à la loi, but pratique et d'équité. Ce rôle doit être franchement mis à jour en ce sens que, si la conception de justice, que le juge peut avoir au sujet d'une solution particulière non prévue par la loi, se trouve admise au sujet d'une hypothèse différente, il est tout au moins autorisé à conclure que l'idée qu'il se fait de la justice sur un point

(1) Gény, *op. cit.*, p. 492-494.

(2) Saleilles, *L'école historique et le droit naturel*, *Revue trimes-trielle de droit civil*, 1902, p. 106.

donné, n'est pas étrangère à la loi, et qu'elle trouve dans l'économie du système légal, dont il a à se faire l'interprète, une base objective et un point d'appui législatif.

IV

Quand on accorde cette étendue au procédé, il est clair qu'on ne peut se borner, comme dans l'ancienne doctrine, à noter seulement son utilité et à présenter son mécanisme sommairement. Il devient indispensable de préciser les idées qu'on peut avoir sur elle. Mais autant il est facile de poser le problème et de démontrer son importance pour l'interprétation en général, autant les difficultés surgissent, quand on veut pénétrer plus au fond dans le sujet. Nous n'avons qu'à voir ce qui se passe dans les deux théories d'interprétation.

1

Prenons d'abord la théorie de la volonté. Nous savons comment se pose la question chez elle, il y a d'un côté la loi, basée sur la volonté du législateur, dans l'autre, les sources extra-légales; ces deux domaines ne peuvent pas se lier d'eux-mêmes, il y reste toujours un brèche. Il faut en édifier un ensemble, le lien qui fera qu'ils pourront se compénétrer ne peut être autre qu'un instrument logique.

Cette théorie a-t-elle donné un résultat appréciable ?

Comme c'est M. Gény qui en donne l'exposé le plus complet, en le discutant nous trouverons chez lui les idées essentielles qu'on a émises à ce sujet (1).

(1) Dans le même sens, Capitant, *Introduction à l'étude du code civil, Notions générales*, deuxième édition, 1904, p. 69-73.

D'après ce qui vient d'être énoncé à propos des anciennes théories d'interprétation, il est évident qu'en tant qu'il s'agit d'édifier une conception de l'analogie dans tous ses détails, on y trouvera très peu de matériaux. C'est pourquoi M. Gény a cherché un appui dans les théories allemandes. Cette question de méthode, depuis l'origine de l'école historique, y a pris une place considérable, et puisque, avec les modifications qu'il fallait y apporter, il était de toute nécessité de retracer constamment le plan initial, en même temps qu'il fallait accorder une place à l'analogie, avec le progrès, on était aussi amené à chercher à mieux la préciser. C'est ce qui fait que nous y trouvons une discussion très étendue, qui donne à espérer qu'on peut en tirer des éléments pour établir une conception, d'après les données actuelles de l'interprétation.

D'après la conception de Savigny et de Puchta, par opposition aux écoles de droit naturel, le droit est un produit historique ; il naît spontanément dans l'âme populaire ; étant indépendant des volontés individuelles, le juge n'a pas le droit d'en être l'initiateur, il doit se borner à un rôle passif, attendre que la conscience commune, où repose le droit, se révèle elle-même. Quand on applique cette proposition à un code, le résultat est identique comme dans la méthode des interprètes. En présence d'une loi, c'est la volonté du législateur qui remplace la conscience collective. De même que là le juge doit attendre que la conscience se manifeste en des règles sûres et précises, de même ici il ne peut empiéter sur le pouvoir du législateur. Mais d'autre part le droit se transforme, évolue. Pour rester logique avec le principe que le juge ne peut anticiper sur l'évolution et pour lui permettre en même temps de compléter les vides, on dira que, puisque

le droit est un produit naturel, donc organisme, sa force expansive, sa logique intérieure lui permettront de combler le vide. Mais, au fond, on sent bien que c'est une fiction, un restant des conceptions du droit naturel que l'école historique a voulu écarter. Le droit non seulement évolue dans le passé, mais il évolue actuellement aussi. Dans la mesure où le juge doit combler le vide, l'histoire du droit lui sera très utile, mais il subit l'influence du milieu. Ses idées sont déjà empreintes des conceptions de la société qui l'entoure et, tout en pouvant dire que le droit nouveau se rattache à l'ancien, même en cherchant appui dans le fond commun, le juge crée le droit.

Dans tout ce qu'on a dit dans la doctrine allemande sur l'analogie, nous voyons ces deux idées aux prises. La conséquence intérieure du droit est la base de toute analogie ; mais ce n'est pas toujours un enchaînement purement logique, c'est encore une harmonie organique dont nous avons conscience quand nous saisissons l'ensemble vivant des rapports du droit qui la dominant (1). Chez Thol (2), on trouve une analyse plus détaillée du procédé, dans le sens indiqué par Savigny, mais il voudrait la séparer de l'interprétation proprement dite.

Après les premiers tâtonnements, une théorie prédominante apparaît dans les ouvrages particularistes de Waechter et de Unger, dont la formule définitive devait être donnée dans les pandectes de Windscheid (3) : l'analogie est comme un procédé tenant le milieu entre l'interprétation proprement

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, § XLVI, traduction française, t. I, 1870, p. 283.

(2) Thöl, *Einleitung in das Deutsche Privatrecht*, § 56-57 et § 64.

(3) Génv, *op. cit.*, p. 270.

dite et la création même du droit. D'un côté, elle s'appuie sur la loi écrite, puisqu'elle y trouve sa base essentielle, et l'on peut dire qu'elle cherche, grâce à l'hypothèse d'unité organique, à subvenir aux défaillances de la pensée, à combler les lacunes de la formule législative. On se demande, d'après ce que le législateur a voulu et a exprimé, ce qu'il aurait vraisemblablement décidé pour le cas non prévu, s'il y avait pensé. D'un autre côté, pourtant, l'analogie, qui induit de l'ensemble et de l'esprit général du système juridique, analysant par le menu les nouveaux rapports qui s'offrent à l'observation pour les faire entrer dans le cadre de ce système, s'élève nécessairement au-dessus des textes et cherche les principes dans la nature des choses positives. Toutefois il faut bien convenir que l'idée d'interprétation de la loi tient encore dans cette conception une place prépondérante. Et la raison en est que tout le système reste dominé par l'hypothèse ou plutôt même par la fiction d'une unité organique inhérente à l'ordre juridique positif et permettant de trouver dans le fond permanent et indéfectible de la loi de quoi en combler les lacunes (1).

Nous constatons le même flottement entre deux idées antagonistes chez Ihering, quoiqu'on voie déjà que l'idée du but le préoccupe. Il n'est pas possible de comprendre l'analogie comme l'interprétation au sens strict du mot (2), car tout en connaissant les dispositions de la loi et en opérant avec elles, comment concevoir qu'on puisse étendre un texte que le législateur a établi pour un rapport déterminé à un autre. La nécessité des circonstances ? Mais si le législateur n'a

(1) Gény, *op. cit.*, p. 270.

(2) Ihering, *Unsere aufgabe Jahrbücher für die Dogmatik*, 1857, p. 14 et s.

pas reconnu cette nécessité, comment s'y prendre ? A cause de la même raison juridique ? Mais qu'est-ce que cette raison juridique ? où mène cette idée ? Non, avec ces conceptions, c'est le tact et l'instinct qui nous conduisent, mais nous ne parvenons pas à comprendre la chose. D'après lui, la jurisprudence, en se servant de l'analogie, exerce une critique, adopte une interprétation d'un genre plus élevé, celle, non des mots, mais des idées du législateur. Comme telle, elle repose sur une analyse de la matière juridique que l'histoire a fondue dans l'unité d'une seule institution, et sur la séparation des éléments ou principes juridiques qui ont découlé uniquement du but particulier et de la notion de cette institution, et appartiennent purement à l'espèce (éléments locaux essentiels) des éléments qui n'ont fait qu'apparaître dans cette institution et sont, d'après leur essence, de nature abstraite (éléments locaux accidentels ou historiques). Lorsque les juristes étendent une règle à d'autres rapports analogues, ils ne se contentent pas de l'élargir, ils reconnaissent la véritable nature et la dégagent des langes étroits de leur première expression historique (1). L'esprit humain découvre plutôt le côté concret des connaissances qu'il ne perçoit leur caractère abstrait. Avant que la législation et la science reconnaissent les parties abstraites du droit et les revêtent de leur forme véritable, c'est-à-dire générale, elles ont dû souvent parcourir une longue période historique et traverser bien des phases diverses. Une idée abstraite au moment où elle se produit pour la première fois, ne se montre qu'en un point isolé que

(1) *L'esprit du droit romain*, traduction française, t. III, p. 30 et s.

l'on pourrait nommer son point d'irruption historique, qu'elle conserve longtemps au sens étroit, et elle n'acquiert que lentement l'importance qui lui appartient d'après sa nature spéciale. Les idées doivent lutter pour leur existence, et il n'est pas rare de les voir conquérir péniblement chaque pouce de terrain. Leur droit de se généraliser ne saurait être méconnu, car la logique est une force lente, mais sûre, elle agit sur l'esprit d'une manière inconsciente, mais qui n'en est pas moins efficace ; avant même qu'elle soit reconnue, sa puissance a été approuvée et s'est déjà imposée.

L'idée de Ihering de se dégager de l'école historique est visible, mais comme il n'est pas encore arrivé au principe qui lui permettra de la combattre, son élan est arrêté.

Dans les opinions qui suivent, on voudrait accentuer cette tendance, mais comme on est toujours dominé, sinon par le dogme, tout au moins par un compromis, il en reste toujours une équivoque. Pour M. Girke, l'analogie, d'après sa nature, est la création, mais d'après sa forme juridique, elle reste interprétation. Elle ne se borne pas seulement à expliquer la loi, mais à la développer et par là on arrive aux nouvelles règles (1).

Pour M. Régelsberger, il s'agit là du droit nouveau, et l'analogie, si elle n'est pas la seule source, est une des plus importantes. Par suite on peut se demander si l'analogie est en général encore l'interprétation de la loi. Ne fait-elle pas partie de la création ? Sûrement elle est sur les limites, mais d'après son point de départ, elle appartient à l'interprétation, elle puise les éléments dans le droit positif et arrive à ses résultats par la fécondation des dispositions léga-

(1) O. Girke, *Deutsches Privatrecht*, 1895, t. I, p. 141.

les.. Elle dépasse les dispositions que contiennent les textes, mais non le droit positif (1).

D'après M. Endemann, l'analogie ne crée pas les nouvelles règles de droit, mais elle élabore à sa manière, les données que lui offre la législation positive et dans cette mesure elle crée le droit nouveau (2).

Les opinions que je viens de citer prouvent certainement que l'on voudrait se détacher de l'école historique et rendre le rôle de l'analogie plus autonome ; le cercle étroit, qui renfermait sa conception dans un champ restreint, s'élargit, et en prenant les systèmes d'interprétation dans leur ensemble, on tâche de faire d'elle un instrument qui ne serait plus une gêne et une entrave au progrès. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que, dans les opinions qui se succèdent, il ne faut pas chercher une doctrine qui s'affirme directement, elle vient toujours comme suite d'autres idées. On sent chez Ihering en discutant, dans *Unsere Aufgabe*, cette préoccupation de se dégager des conceptions étroites de son temps ; mais il n'aborde pas la question de front. Dans son *Esprit du droit romain*, il revient sur le sujet et l'élargit, mais c'est toujours un droit latent. Et une fois que sa doctrine est faite, il n'y reviendra plus, il rejettera (3) sa propre opinion. Tous ceux qui reprennent le sujet sont, je crois, animés par le même désir. On s'aperçoit des défauts de l'école historique, mais, comme au fond de cette doctrine il y a une idée exacte et qu'on n'a pas encore trouvé le biais pour trancher autrement la question, on se contente d'un compromis. En un mot, ce

(1) Regelsberger, *Pandekten*, 1893, t. I, p. 155-161.

(2) Endemann, *Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs*, 1899, I, p. 45-46.

(3) Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1904, p. 342.

sont les raisons de l'opportunité, qui dictent la conception plutôt que la constatation des faits.

Il faut arriver au dernier stade de cette période qui s'achève, pour trouver dans les ouvrages les expressions qui rompent nettement avec tout compromis. C'est seulement après la publication du premier projet du nouveau code civil allemand et après les critiques après qu'on a adressées à son paragraphe premier, contenant une disposition sur l'analogie formulée dans un sens étroit, qu'il est devenu clair que si l'on veut définir le procédé d'après sa nature véritable, il faut replacer son critère sur les idées prises en dehors du code. Même quand le législateur confectionne la loi, c'est surtout la nature positive des choses qui le dirige, et c'est d'elle qu'il tire ses dispositions. En présence des lacunes des lois, il ne serait pas naturel d'enlever à la jurisprudence, une source qu'on accorde au législateur en tant qu'il s'agit de l'analogie ou des autres procédés (1).

M. Gény reprend ces arguments à son tour pour accentuer encore davantage cette tendance qui consiste à détacher l'analogie de plus en plus de l'interprétation. Il est trop clair, étant donnée la nature du procédé, qu'il ne pourrait s'agir ici d'une volonté réelle qui, en fait, n'a pas existé sur le point résolu par l'analogie. Et si on la cherchait quand même, ce ne serait qu'une volonté purement hypothétique, il s'agirait de savoir, à l'aide des indices fournis par la loi, ce que son auteur aurait voulu poser en règle, s'il s'était arrêté à l'hypothèse. Or, la recherche de semblables volontés sort tout à fait de la sphère de l'interprétation des textes légaux. Et l'on sent bien que le principal danger qui

(1) Dernburg, *Pandekten*, 1896, p. 85-87, *Das bürgerl. Recht*, 1901, I, p. 79-80.

en résulterait, ce serait d'abriter les conceptions toutes subjectives de l'interprétation sous le manteau légal, sous le contrôle constitutionnel qui garantit et justifie le prestige des solutions vraiment dégagées de la loi, sans que, d'autre part, l'absence de tout lien sérieux avec la volonté des auteurs de la loi soit compensée par la nécessité pour l'interpréteur de fonder sa décision sur les principes objectifs d'équité ou d'intérêt général (1).

Il faut reconnaître ouvertement que la nature même de l'analogie répugne à en faire une recherche de volonté et convenir qu'elle n'opère avec la loi qu'en la prenant comme élément objectif de notre organisation sociale absolument détachée de la volonté subjective du législateur, ayant en elle-même sa valeur propre, composant dans son ensemble l'organisation juridique positive. Comme telle, elle n'est qu'une pièce essentielle d'un ensemble plus général : la nature des choses, qui seule est assez vaste pour contenir toutes les solutions juridiques, et dans cet ensemble, le système juridique positif, objet de l'élaboration analogique, apparaît comme un fait social qui en lui-même et d'après sa nature contribue à combler les lacunes, sans prétendre y suffire.

Une fois qu'on la détache de la volonté du législateur, elle ne peut prendre les dispositions légales que comme un point d'appui objectif pour construire, par voie de libre recherche, dans les intervalles visiblement laissés vides par des sources formelles (2). N'étant pas dirigé par l'inflexible ligne d'une

(1) GénY, *op. cit.*, p. 273.

(2) GénY, *op. cit.*, p. 272.

volonté supérieure, l'interprète peut manier l'analogie comme les autres procédés de recherche excédant les sources formelles, avec une latitude d'appréciation bien plus considérable.

Ainsi comprise, l'analogie ne peut reposer que sur un instinct profond de notre nature, lequel en lui-même constitue un véritable élément sociologique qui, par sa mise en œuvre, complète la nature logique des règles du droit. Nous sentons en effet dans notre fond intime comme un besoin d'égalité juridique, en vertu duquel les mêmes situations de fait doivent comporter les mêmes sanctions juridiques. Ce sentiment ne tend pas seulement à faire appliquer à l'un la règle appliquée dans les mêmes conditions à un autre, il requiert qu'une injonction édictée pour tel cas doive, sauf motifs particuliers, être transportée aux cas analogues, c'est-à-dire présentant avec le premier une identité essentielle (1).

Cette théorie a-t-elle réussi à résoudre toutes les difficultés ? J'en doute. Certes, si l'on compare la conception de M. Gény à celle des classiques, dans la doctrine française, ou à celle des disciples de l'école historique, la place qu'il donne à l'analogie et le résultat qu'elle permet d'atteindre sont autrement conçus. Avant, elle était le procédé objectif par excellence, maintenant elle sera surtout l'intermédiaire utile entre les deux domaines : le droit formulé et les sources extra-légales, en servant à donner à l'ensemble un cadre homogène dans lequel la science travaillera. Aujourd'hui elle ne fait plus un avec l'idée sur la quelle repose la méthode. Elles ne rentrent pas l'une dans l'autre, comme à l'époque précédente : ce qui constitue la science dépasse de beaucoup la portée de l'analogie, par suite son rôle sera réduit, elle

(1) Gény, *op. cit.*, p. 496 et suiv.

servira seulement comme instrument utile entre la loi et la vie. Comme on a traversé l'époque des tâtonnements, elle n'est pas là pour donner satisfaction aux novateurs et aux classiques, on veut l'envisager dans toute son indépendance. Et si on cherche à détacher l'analogie de l'interprétation, je crois qu'on ne peut pas être plus libéral que ne l'est M. Géný. L'idée qui se développe chez les auteurs allemands, il la pousse à l'extrême.

Mais une fois ces constatations faites, immédiatement se pose la question : Jusqu'où pourrait aller l'analogie avec cette indépendance ? Car il ne faut pas l'oublier, elle est, avant tout, le prolongement de la loi. Alors comment proclamer presque la liberté absolue au sujet d'un raisonnement qui trouve un appui dans une chose qui existe. Ce qui importe, ce n'est pas seulement de déterminer son étendue et son indépendance vis-à-vis de la loi, mais aussi de préciser son mécanisme intérieur en prenant le procédé en lui-même, trouver l'idée en quoi consiste l'utilisation des éléments légaux. Quelle que soit l'importance de l'idée du but dans le raisonnement, comme l'analogie n'est que la suite des règles contenues dans la loi, nous ne pouvons juger son mécanisme qu'eu égard à cette dernière circonstance. Par suite, quoiqu'on puisse rejeter les anciennes conceptions qui ne voient dans l'analogie qu'un instrument purement déductif, il paraît que si l'on veut en avoir une notion plus ou moins acceptable, il faut revenir, en partie, à ces idées d'autrefois. Elle est dans le prolongement de la loi et comme telle, quelle que soit la notion qu'on se fasse de cette dernière, puisqu'elle est déjà une logique, qu'elle contient des règles abstraites et générales et que dans l'analogie, en vertu des ressemblances, on conclut à un cas particulier, elle ne peut être définie au-

trement que l'induction-dédution. Elle sera toujours le transport de certaines règles légales à des cas restés étrangers au texte et à la volonté même du législateur, par suite de la similitude des situations et de l'identité de la raison juridique. Dans tous les cas, on doit dire que l'analogie induit une solution pour un état donné d'une similitude fondamentale entre cette situation et celle que la loi a réglée (1). Le fonctionnement de l'analogie consiste tout entier dans le procédé logique qui vise à induire, des solutions particulières, le principe intime qui les explique pour chercher ensuite les conditions du même principe en d'autres hypothèses et leur appliquer par la voie de déduction (2). Sa valeur dépend essentiellement de la sûreté de l'induction à l'aide de laquelle on a dégagé les principes de la loi et de la généralité que comporte le principe.

A première vue, on dirait que même si l'on s'adresse à la pratique, on y trouve facilement la confirmation de l'idée émise ci-dessus. La seule chose qu'il y aurait à noter, ce sont plusieurs degrés entre différentes espèces, suivant que l'induction s'appuie sur une disposition légale et précise de la loi, ou qu'elle s'étaye sur des principes consacrés par le législateur. Dans le premier cas, l'analogie confine presque à l'interprétation de la loi écrite, donnant seulement à sa décision, en vertu des principes qui l'inspirent, une portée que ne comporterait pas un texte. Par exemple, on fait profiter du privilège du vendeur, consacré par l'article 2103-1° du code civil, l'échangiste avec soulte. On peut ranger dans la même catégorie le cas où on étend aux fonctions de cura-

(1) Gény, *op. cit.*, p. 267.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 498.

teur de mineur émancipé les incapacités, les causes d'exclusion et de destitution, organisées par la loi pour la tutelle des mineurs non émancipés. Le procédé s'élargit quand on adapte aux contrats non spécialement prévus par la loi, des règles des contrats nommés dont ils se rapprochent par leur essence ; ou quand on étend la garantie organisée pour le contrat de vente aux autres contrats à titre onéreux tendant à un transport de propriété. Enfin l'analogie peut s'élever jusqu'à constituer, en réunissant des décisions éparses et fragmentaires, plutôt même en condensant l'esprit général qui planerait sur l'organisation juridique, des théories comblant de véritables lacunes légales : la théorie du droit de rétention, de quasi-contrat d'enrichissement sans cause, etc.

Ces idées, considérées en elles-mêmes, paraissent d'une évidence certaine. Mais quand on les rapproche avec ce qui marque le côté créateur de l'analogie, on est plutôt embarrassé pour expliquer comment, en partant des principes fournis par la loi, on parvient à la création des règles, comment il se fait que les éléments qu'on utilise sont dans la loi et qu'en même temps ils fournissent un droit nouveau ? Si l'analogie tire sa décision d'un texte ou d'un ensemble de dispositions, comment alors cette décision peut-elle être considérée comme créée, puisque ce qu'elle contient en propre est l'élément légal, une chose qui existe déjà ? Où est la différence entre l'analogie et la construction ? Selon le sens qu'on lui donne, avec l'idée du but, elle devrait en différer. Si elle est induction-déduction, elles tombent ensemble. Si réellement l'analogie est toujours induction, déduction, tout ce qu'on dit pour marquer son rôle indépendant va en pure perte. En effet, puisque, en tant que prolongement de la loi, elle est une transposition de la symétrie

légale, il devient impossible de s'imaginer son rôle créateur. Ou alors si dans l'analogie il y a création, qu'est-ce que ce langage : induction-déduction. Il est évident que ce sont deux idées qu'on ne peut pas concilier, car admettre que le principe qu'on met en œuvre est contenu dans la loi, c'est admettre qu'on a détaché de celle-ci un trait général, une ressemblance commune, laquelle justement parce qu'elle est commune n'a pas besoin des espèces concrètes pour s'affirmer, elle existe déjà à l'état latent. Introduire le but et dire que l'interprète manie l'analogie avec une latitude d'appréciation considérable, limitée qu'elle est seulement par les exigences objectives de la justice et de l'utilité sociale, cela signifie s'assimiler les circonstances du moment et lui donner comme contenu une chose essentiellement variable avec le temps et le milieu. Pourtant l'analogie en tant que raisonnement, quels que soient les éléments qu'on y mette, devrait représenter la continuité, elle est en quelque sorte l'élément de notre logique, l'argument le plus simple, et comme tel on devrait le réduire à un principe unique. Or, c'est justement le contraire qui arrive. Nous ne parvenons à expliquer son mécanisme qu'en juxtaposant les données, ce qui vaut autant comme si cette explication n'existait pas.

En présence de l'antagonisme des éléments avec lesquels opère l'analogie, on se rend compte qu'il ne sert à rien de fonder l'analogie sur le principe d'égalité. Une explication n'est rien moins qu'une description complète. Etant donné l'antagonisme des éléments, elle devient impossible et c'est pourquoi ce qu'on ne trouve pas dans le procédé, on le cherche en nous. Il s'agit d'un instrument objectif et qu'on considère comme tel. Or, comment l'objectivité pourrait-elle avoir pour critère un principe aussi variable qui ne dépend

que d'une analyse intérieure. Ce qui est grave dans cette conception de l'égalité, c'est qu'elle doit agir comme l'uniformité de la nature. Pourtant cette uniformité de la nature est une chose qui ne varie pas, il y a là un plan unique, c'est ce qui permet de dégager les lois universelles, tandis que nos idées égalitaires sont excessivement changeantes. On est forcé de parler d'une égalité qui est d'hier, nécessairement envisager une notion qui ne se caractérise pas par sa stabilité comme contenu, mais qui subit les transformations, qui ne sont que notre œuvre exclusive. L'arbitraire qui en résulterait est visible. Ce n'est pas tout, on se rend compte que de deux éléments que contient l'analogie : rationnel et téléologique, et qui sont en antagonisme, autant que l'idée du but peut nous mener à une conclusion arbitraire, autant l'élément légal nous mettra souvent en opposition avec les intérêts véritables de la société et de même que là on doit rejeter le procédé comme arbitraire, ici aussi on doit abandonner le concept abstrait, puisqu'il se met en contradiction avec les besoins pratiques (1). Mais si c'est l'égalité qui explique sa raison d'être, comment peut-elle conduire à ce point de vue étroit. Dire que l'analogie repose sur l'égalité et douter de cette égalité, n'est-ce pas une véritable incon séquence.

Certes, de ce qu'on vient de dire on ne peut pas conclure que le procédé nous mène à immobiliser le droit. Tant de déclarations qui veulent démontrer son rôle créateur suffisent pour ne pas avoir cette appréhension. On a dégagé l'analogie des principes étroits du droit positif, sinon, en

(1) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, deuxième édition, 1904, p. 69.

précisant de quelle manière se manifeste l'indépendance du juge, tout au moins dans le sens qu'au delà des textes, dans la sphère où l'analogie joue son rôle, il y a un droit indépendant des sources formelles. Par conséquent, on ferait fausse route si on attaquait l'analogie comme menant à l'étroitesse des classiques, d'autant plus que si nous nous engageons sur cette pente, nous devrions reprocher à M. Génv l'excès de construction, ce qui n'est sûrement pas son défaut. Il y aurait plutôt autre chose. Il nous est impossible d'expliquer son mécanisme d'une façon compréhensible en nous mettant sur le terrain sur lequel il se place. Chez les classiques elle était étroite, mais au moins logique, reposant toujours sur le même principe. Une fois qu'on accepte le postulat, elle suit une voie rigoureusement exacte. Pendant la période intermédiaire, il y a flottement. Mais comme tout le monde est porté au compromis, cette indécision est bien à sa place. Ici ces idées sont en antagonisme et font qu'on n'est plus en présence d'un mécanisme qu'on peut comprendre d'une façon logique. Par suite, tout ce qui sert pour circonscrire son domaine n'a pas une force convaincante. On affirme qu'elle n'est pas la volonté du législateur ; certes, elle ne prouve pas une volonté qui n'a pas existé, mais tout de même il faut constater que, la plupart du temps, elle n'est que son prolongement. D'ailleurs, puisque dans cette théorie on base la loi sur la volonté et que l'analogie n'est qu'une reproduction, il est vrai éloignée de la loi, n'y a-t-il pas lieu de dire que le juge, en l'appliquant, cherche ce qu'aurait voulu le législateur d'aujourd'hui, par suite c'est une négation qui a très peu de valeur. On exprime un jugement sur l'analogie comme si elle nous était connue, pourtant ce qui est en question c'est la valeur des éléments légaux qu'on

utilise. Dire qu'on les utilise, et qu'on les utilise en dehors de cet élément qui lui est propre, on a écarté un doute possible, mais on n'a rien exprimé de positif à leur égard. Pour rejeter cette volonté il faudrait dans le même ordre d'idées trouver ce qui est le soutien de l'analogie.

M. Gény sent bien les objections qu'on pourrait adresser au procédé, tout au moins en ce qui concerne son rôle créateur. A quoi bon exclure l'analogie du champ de l'interprétation de la loi si par ailleurs on le conserve dans le système d'élaboration juridique ? Et qu'importe après tout qu'on l'admette sous une forme ou sous une autre, du moment qu'on reconnaît fondées les solutions qu'elle aurait fait découvrir. En partie il y remédie. C'est que la distinction des modes d'interprétation du droit n'est pas affaire de pure classification didactique, mais entraîne des différences importantes relativement à la mise en œuvre ; suivant qu'ils constituent un pur développement de la loi écrite ou une élaboration indépendante, les divers procédés de découverte des règles juridiques n'ont ni même autorité, ni même condition d'emploi. On se rend compte que les solutions juridiquement obtenues, mais ne découlant pas par procédé direct de la souveraineté législative officiellement établie comme l'est l'analogie, jouissent d'une puissance moindre et sont loin de s'imposer au juge avec la même énergie. Etant isolée de la source formelle, elle offre l'avantage de se plier mieux qu'elle aux influences du temps et du milieu ; mais en revanche, les règles qui s'en déduisent ne sauraient prétendre à la même force impérative qui s'attache aux résultats de l'interprétation pure du texte légal, car si l'analogie s'appuie sur des éléments objectifs qu'elle découvre à l'aide de la loi, elle n'en tire des solutions

positives que grâce à un travail propre, vraiment indépendant de toute autorité formelle. D'ailleurs, comme on l'a dit souvent, la pratique est fort éloignée de la théorie ou, si l'on veut, la science reste bien inférieure à l'art (1). Toutefois c'est une atténuation et non une explication. Cette explication manque. Et si on regarde les choses sous leur aspect pratique, c'est-à-dire si on examine les hypothèses où se joue le sort de notre problème, le procédé est bien loin de posséder cette transparence qu'on trouve dans la théorie. Nous voyons les juges et les interprètes tels qu'ils sont, des hommes dont la raison à elle seule ne découvre aucune faculté qui permettrait d'atteindre l'objectivité, au contraire, il n'y a que heurts et contradictions et tandis que la théorie arrive, pour ainsi dire, d'un trait à fonder et à rendre le procédé objectif, ce qui inquiète surtout dans la pratique, c'est de savoir, étant donnée la nécessité de l'analogie comme élément de notre entendement et étant donné que tout doit être expliqué d'une façon continue, s'il est possible de déranger la symétrie initiale établie par la loi ? Et si oui, dans quelle mesure pourrait-on, en appliquant un texte qui paraît être voisin de la situation en question, en écarter un autre, qui, si on le prenait dans le sens que lui a donné le législateur, devrait être appliqué sans discussion ? En un mot, devant une nécessité pratique, est-il possible, tout en se servant de l'analogie, de contredire la loi.

La conclusion de cette analyse c'est que la conception donnée par la théorie de la volonté, tout en contenant un exposé détaillé, au lieu de vider le problème, le complique. En effet si on peut dire qu'à cet endroit où on applique l'analogie, l'art est supérieur à la théorie, ne serait-ce pas reconnaître

(1) Géný, *op. cit.*, p. 274, 502.

qu'on n'y trouve pas un procédé objectif, ensuite comme au besoin on peut écarter le procédé ne signifie-t-on pas qu'autant qu'on veut avoir une idée bien claire de ce que le juge peut et doit faire à cet endroit où l'analogie trouve son champ d'application, ce sont tous les principes généraux de l'interprétation qui peuvent la résoudre et nullement un détail et une pièce isolée de l'ensemble.

2

En ce qui concerne la théorie sociologique, on dirait qu'elle est plus à même de saisir le rôle de l'analogie. La raison en est simple : comme l'application de la loi même est basée sur l'idée du but, l'argument par ressemblance le contiendra à plus forte raison. Par suite, nous ne trouvons pas ici ce dilemme entre l'élément rationnel et téléologique, que nous avons rencontré dans la théorie précédente, les rôles sont renversés. Là il y avait induction-déduction, sur lesquelles se calque le but, ici c'est le but qui est partout et pour lequel on cherche un cadre légal. On n'est plus forcé de dire si le but se heurte à la conséquence logique de la loi, il faut rejeter la conséquence; on cherche le cadre légal seulement pour donner plus de consistance à l'idée de justice qu'on s'est faite sur un cas particulier. L'essentiel c'est d'en découvrir et de ramener tout au texte.

Mais quand on pousse les choses à fond, avec cette théorie il devient encore plus clair qu'il n'est pas possible de déterminer son mécanisme en lui-même. Ici nous assistons à quelque chose de semblable à ce qui se produit dans la théorie de la volonté, laquelle, après avoir élaboré une conception d'analogie, la rejette.

On donne une notion de la loi remplie du but, elle ne tient

pas de ses éléments formels, mais de son caractère sociologique; par suite, les expressions qu'elle emploie obtiendront parfois une signification qui sera bien loin du sens qu'on a voulu leur donner : chaque solution doit s'inspirer des considérations qui au point de vue social marquent la portée des situations en question : les dispositions de la loi pour se conformer à la vie seront amplifiées ; c'est une extension indéfinie. Par suite, l'analogie est poussée en avant vers la loi ; donc, elle se confond avec l'interprétation. Mais s'il en est ainsi, il est clair qu'on ne peut plus parler d'elle à un titre distinct ; elle n'a plus sa place marquée, en même temps qu'on voudrait déterminer son mécanisme, on doit embrasser l'ensemble de la vie juridique, puisque la loi se plie aux nécessités du moment et qu'elle peut s'approprier les éléments contenus dans les sources inorganiques. Alors, d'une part, il devient inutile de parler de l'ensemble de la question à propos d'un détail ; d'autre part, ne pourrait-on se demander à quoi servirait d'isoler un détail qui est étroitement lié avec le reste, de discuter séparément de choses se rapportant au même sujet ? C'est pourquoi nous voyons justement que, dans cette théorie, tout en constatant son importance, au moment où l'on trace le plan général de l'interprétation, on la néglige. On dirait même qu'on y trouve un avantage : à quoi bon nous embarrasser d'un instrument logique, dont, au point de vue pratique, on ne peut sûrement pas se priver, mais lequel dans le cours de l'évolution des idées n'était qu'une gêne ? Ne vaudrait-il pas mieux, alors, le passer sous silence, d'autant plus qu'en prenant les choses abstraitement, le défaut de sa conception ne crée aucune difficulté.

CHAPITRE II

I. Pour résoudre le problème il faut revenir à l'interprétation dans son ensemble : les deux théories. — II. Si on ne surmonte pas la difficulté c'est parce que, de la manière dont on pose la question, on se met entre des postulats contradictoires ; logique de la loi, logique de la science. — III. Impossible de rejeter la loi, inutile de rejeter la méthode. — IV. Les inconvénients de recourir aux idées philosophiques. On doit résoudre le problème avec les données telles qu'elles sont. — V. Toute la difficulté n'est peut-être qu'un pseudo-problème. L'analogie comme vérification de cette hypothèse.

I

On est parti de cette considération qu'étant données les lacunes de la loi et la nécessité pour le juge de résoudre toute question qui arrive au prétoire, il est nécessaire d'avoir un ensemble de règles, qui nous permettent de regarder le droit à travers un cadre logique. Puisque l'argument par analogie établit comme un pont entre la loi et les sources extra-légales, elle constitue une pièce essentielle de cette élaboration. Et nous avons voulu déterminer son mécanisme. Or, en la prenant dans le cadre, soit de la théorie de la volonté du législateur, soit de la théorie sociologique, elle disparaît, il devient impossible de circonscrire la discussion sur le sujet lui-même. On dirait qu'il y a là un vide théorique. Ce qui

reste, ce sont les données de l'interprétation en général, mais l'analogie s'évanouit. Ainsi, même, autant qu'on veut avoir une idée sur le rôle qu'elle doit jouer, il faut revenir aux principes qui sont la base même de toute théorie d'interprétation.

On ne pourrait rien objecter contre la nécessité de recourir à ces principes, s'il pouvait en résulter une réponse à la question posée. L'interprétation est un ensemble de règles homogènes, c'est-à-dire de règles qui permettent de discuter les choses de façon à ce que notre raison ne puisse faire aucune objection. Comme l'objet de cette investigation prend la loi comme la source la plus importante d'une part, et d'un autre côté les différentes sources inorganiques, si nous ne pouvons pas nous faire une idée de l'analogie comme raisonnement qui lie ces deux domaines, il n'en est pas moins nécessaire d'avoir une explication indiquant clairement le passage de la loi aux sources extra-légales et à la science, qui entend les élaborer de façon à satisfaire notre besoin de logique.

Les deux théories y parviennent-elles. Comme nous les avons exposées nous n'avons qu'à voir ce que vaut le cadre qu'elles offrent.

1

Prenons d'abord la théorie de la volonté et, particulièrement telle que l'a conçue M. Gény. Loin de nous la pensée de contester le grand mérite de son ouvrage, au contraire, nous dirons qu'une critique comme la sienne était indispensable au moment où il fallait donner définitivement une orientation nouvelle à l'étude du droit. Mais pour nous il ne s'agit pas de discuter point par point tous les détails que l'interprétation englobe en elle, il n'est question que de la résul-

tante, de l'idée qui apparaît comme le fil conducteur à travers la discussion et qui permet de dire que tous les principes sont ramenés autour d'une idée fondamentale, qui donne à toute la conception un aspect homogène.

Sous ce rapport, malgré ses grands mérites, la doctrine de M. Gény a échoué. Nous n'avons qu'à relever les reproches qu'on lui a faits. Sa méthode est à la fois trop étroite et trop large. Trop étroite en ce sens, que tout en voulant se débarrasser des défauts des classiques, cette théorie garde presque la même conception de la loi que les interprètes, en la basant sur la volonté du législateur, sur un critère trop étroit. Même dans les limites où la volonté du législateur s'est exprimée, il faut proclamer l'impuissance de ce dernier à emprisonner la vie juridique et la nécessité pour le droit de se plier aux exigences du milieu social et économique.

En dehors des limites de la loi, elle voudrait qu'on accordât une liberté absolue au juge, sous condition qu'elle soit guidée par une recherche scientifique libre. Autant qu'il s'agit de cette constatation que le juge use de cette liberté et qu'il en fut toujours ainsi, on n'a rien à reprendre. La nécessité de reconnaître une certaine liberté à l'interprète n'est pas contestable ; seulement, si on ne représente pas ce pouvoir du juge dans un ensemble de principes bien déterminés, étant donné que c'est l'homme qui crée le droit, puisqu'il n'y a rien en dehors de nous qui délimite notre action, n'est-ce pas reconnaître l'arbitraire ?

Cependant pour M. Gény ce sont les données premières de la raison ou de la conscience, qui, en dehors de la loi, doivent guider le juge dans l'application des problèmes juridiques. Un semblable critère, aussi vague et aussi abstrait, ne laisse-t-il pas l'interprète libre de suivre ses impressions person-

nelles, la nature étant diversement comprise par chaque individu ? Il recommande encore les résultats des sciences politiques et sociales. Mais ces sciences sont encore en voie de formation et ne fournissent pas des résultats assez précis pour résoudre les difficultés surgissant à l'occasion des relations juridiques. Ces études prêtent d'ailleurs à la diversité des appréciations et y prêteraient encore plus si elles donnaient naissance à des règles juridiques. Elles peuvent servir aux études critiques de droit soit pour orienter une réforme, soit pour aider à la découverte de telle solution déterminée, elles ne sauraient suffire à trancher les controverses juridiques (1). Ainsi cette brèche, que nous avons constatée à propos de l'analogie qui existe entre l'élément légal et téléologique, s'accroît ici encore davantage. Il ne peut pas en être autrement : l'analogie n'est que le détail du même problème : il s'agit des mêmes éléments en plus grand et si ces données sont en antagonisme au moment où leur contact est direct, elles ne le seront pas moins, quand on les considérera dans toute leur étendue. Ce qui diffère ce ne sont pas les éléments, mais seulement l'image du même objet qui est tantôt grossie, tantôt rapetissée.

Mais ne pourrait-on dire si cette théorie est inacceptable dans la forme que M. Gény a proposée, une fois qu'on la dégage de ses exagérations en ce qui concerne le champ accordé à la libre recherche scientifique et à la conception de la loi, il devient possible d'y apporter toutes sortes d'at-

(1) Lambert, *Introduction au droit civil comparé*, 1901, p. 30 à 38 ; Meynial, *Compte rendu sur l'ouvrage de M. Gény, Nouvelle revue historique*, 1901, p. 375-394 ; A. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, 1904, p. 102-104.

ténuations et d'arrondir les angles entre les différents éléments qui doivent entrer en ligne de compte.

Certes, dans les sociétés modernes vivant sous la législation codifiée, la coutume ne peut plus jouer le rôle qu'elle jouait dans les sociétés primitives, mais, à la place de cette source spontanée du droit, dans les sociétés organisées, il y a quelque chose qui la remplace bien, c'est la jurisprudence. Cette dernière, à travers ses arrêts, nous montre tout ce qui agite la conscience collective, et, si elle ne consacre pas directement des règles générales, il arrive que bien souvent, après une série d'arrêts, nous sommes en présence d'un droit nouveau, ce qui équivaut à la coutume.

Ensuite, quoiqu'on puisse reprocher aux interprètes du code civil, d'avoir souvent abusé des constructions, il faut reconnaître aussi qu'elles sont indispensables, et si on ne peut leur accorder la valeur qu'elles avaient dans le temps, nous ne saurions nous en passer quand il s'agit de faire, du droit positif, un système et de féconder la matière juridique.

En ce qui concerne la loi, les atténuations sont aussi possibles. Sans doute, la loi est avant tout une volonté, mais il convient d'apporter à cette règle un tempérament. Le législateur statue pour l'avenir; il doit nécessairement tenir compte des modifications qui ne manqueront pas de se produire dans les faits de la vie sociale et qui auront leur répercussion sur le champ d'application de la loi. En conséquence, l'interprète chargé d'appliquer la loi doit prendre en considération les conditions nouvelles du commerce juridique tout en respectant la volonté qui a inspiré le texte de la loi (1). Ceci fait qu'on ne peut appliquer uniformément à toute législation

(1) Capitant, *op. cit.*, p. 63-64.

civile le même procédé d'interprétation. Il y a des cas où s'est établie sur la base du code et en dehors de lui, la transaction à laquelle tous se rallient, où la solution est si unanimement acceptée et dans un esprit si uniforme qu'il n'y a aucun danger à diminuer progressivement l'importance de l'élément légal et à laisser au juge sa liberté de décision. Combien de fois le législateur lui-même dans la discussion des assemblées ne déclara-t-il pas qu'il entend sanctionner une jurisprudence établie ? (1)

Dans ces conditions, ne pourrait-on dire avec M. Planiol : La doctrine n'a véritablement une tâche utile à remplir que sur les questions neuves avec lesquelles la jurisprudence est encore hésitante ; qu'elle la guide, qu'elle en facilite la formation, mais qu'elle ne perd pas son temps à combattre des règles acquises (2). Ce qu'un tel mouvement a toujours de raisons profondes, supérieures aux arguments des textes et aux adages, même les plus antiques, c'est qu'il répond invariablement à des considérations morales, à des nécessités sociales d'une ampleur et d'une intensité telle, que toute résistance est condamnée à demeurer vaine. Chacun comprend que ce serait peine perdue et qu'aucun raisonnement ne pourrait prévaloir contre une réalité (3).

En prenant les atténuations qu'on a apportées à la doctrine telle qu'elle a été formulée primitivement, chacune d'elles contient une vérité. Mais toutes ces rectifications réunies nous permettent-elles d'avoir la conception de ce que l'interprétation doit être ?

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 390.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 5^e édition, Préface

(3) Josserand, *L'abus du droit*, 1905, p. 48.

Malgré tout il y a, je crois, un point qui reste toujours dans l'obscurité. C'est fort bien que d'indiquer la nature des différents facteurs qui entrent en ligne de compte, de dire que la loi, tout en devant être appliquée, peut subir une certaine transformation et préciser les éléments qui doivent être pris en considération. Mais encore faut-il qu'ils passent tous par le creuset de notre intelligence. Or, l'homme est un être logique, donc ce dont il s'agit c'est de trouver la voie où on peut saisir les choses d'après les règles de sa raison. Pourtant, en regardant bien, on dirait qu'il faut admettre la contradiction d'éléments, comme si elle n'existait pas. Mais alors qu'est-ce qui se passe dans notre esprit qui veut être logique, qui nous permet de pouvoir passer d'une règle à une autre, sans que leur antagonisme nous inquiète ? En vertu de quel principe s'accomplit le changement de perspective ? Il ne suffit pas d'avoir la chose dans l'idée, il faut en saisir l'agencement et l'exprimer. Admettre la possibilité de dévier le texte de son sens primitif ce n'est pas encore résoudre la question. On peut bien citer un grand nombre de cas où la jurisprudence, aidée par la doctrine, a donné une solution contraire à la volonté du législateur. Mais puisqu'il s'agit d'éléments opposés, en présence d'une espèce pratique, il faut avoir un critère qui nous permettrait de savoir auquel des deux donner la préférence ou si, rationnellement parlant, il ne peut être question de cette préférence, puisqu'on est en présence de deux ordres d'idées provenant de sources différentes, il est nécessaire de nous expliquer, devant nous-même, pourquoi on le fait, où est ce point dans la raison qui nous permet cette transition. En réalité, il est indispensable d'obéir aux nécessités de notre raison et d'avoir un cadre logique. Il faut se rendre compte en vertu de quel principe on

peut l'établir, qu'est-ce qui le rend possible, sans cela au moment où on passe de la loi aux éléments extra-légaux, on laisse une difficulté à cause de laquelle un grand nombre de problèmes resteront en suspens.

2

Ce sont toutes ces raisons que je viens d'indiquer qui ont décidé certains auteurs à embrasser la théorie sociologique. Et il faut reconnaître qu'il y a là une idée très heureuse, qui associe la codification et l'évolution du droit. Une fois qu'on écarte la volonté du législateur, il n'y a plus rien qui immobilise la loi. Elle reste toujours la base de la vie juridique, mais en même temps comme on ne la fait plus reposer sur une idée qui implique l'immobilité, il n'y a plus aucune difficulté d'introduire des éléments, dont le législateur n'a pas pu se rendre compte. Ensuite elle se trouve d'accord avec ce qu'on faisait depuis longtemps dans la pratique. Devant la nécessité d'aller à l'encontre de la loi, le juge ne s'attaque jamais pour ainsi dire directement au texte, il le tourne, en lui faisant dire plus qu'il ne contient et ainsi on parvient à ramener tout à la loi et à faire croire qu'on n'anticipe pas sur le pouvoir du législateur.

Mais quand on regarde bien, et au point de vue où nous nous plaçons, elle est aussi inacceptable que la première.

Cette idée que la loi écrite évolue peut bien être acceptée comme une image approximative, mais pas comme la vérité. On reconnaît d'ailleurs qu'il y a là une part de fiction. Dans bien des cas, quoique la pensée du législateur fût autre, il nous est possible de donner au texte la signification qu'il doit comporter dans la société à laquelle il s'applique ; si

ses contours ne sont pas trop limités, avec le temps, il est possible de lui donner un autre contenu. Mais on ne peut pas négliger cette circonstance que bien souvent la formule, à cause de sa composition technique, se refuse à accepter le sens qui s'impose d'après le nouvel ordre social. C'est là que la conception sociologique de la loi devient inexacte. Elle part de l'idée que le droit évolue et transpose le même principe sur une formule. Or le droit qui est dans les rapports humains est une chose vivante et comme telle il se transforme. Une formule est l'expression de l'idée de justice que la société s'est faite ; elle est là pour fixer la manière de comprendre le droit à un moment donné. Un texte n'est autre chose qu'une proposition logique pour un certain temps et un certain milieu. Il peut être plus ou moins large, ce qui dépend de la technique législative, mais dans ce qu'il exprime de positif ses contours sont exactement arrêtés. Contrairement à ce qu'on croit dans cette conception, que la loi n'est pas lettre morte, dès le jour qu'une loi est émise elle est un témoignage du passé et comme telle condamnée à une mort certaine, dans ce sens que l'interprète ne peut plus changer son expression.

Quand on prend cette fiction comme guide, de même que dans la première théorie, il y a un point qui reste dans l'obscurité, de même ici il y a quelque chose qu'on ne s'explique pas. Les inconvénients en sont visibles. On peut bien admettre que la loi est un centre de la vie, mais par cela il n'est pas dit qu'elle absorbe tout. On peut très bien accepter qu'il s'agit de l'adaptation, mais cette adaptation ne suppose pas nécessairement l'évolution du texte même de la loi. On exclue la volonté du législateur comme base de l'interprétation parce qu'elle est fiction, mais pour abandonner

l'une, on ne recourt pas moins à l'autre. Du moins, la première est-elle basée sur un élément en partie réel : la loi ne vaut que comme volonté ; détachée de la pensée qui l'a imposée, elle perd toute portée, elle devient susceptible de recevoir les plus diverses interprétations. Dire qu'on peut tout ramener au texte, n'est-ce pas invoquer un procédé technique comme explication théorique de toute la méthode. On veut le résultat, non tel qu'il est en réalité, mais d'après une conception *à priori*. Il devient possible d'introduire dans le texte les idées les plus disparates sous prétexte qu'il a évolué. Tant que la jurisprudence était seule ou presque seule à se jouer des mots, on ne risquait rien, mais, aujourd'hui, la doctrine est bien plus hardie que la jurisprudence. Elle était, avant, le frein de la pratique, maintenant elle la dépasse. Si elle la dépassait dans la justice il n'y aurait aucun mal, mais en donnant un sens démesuré à l'expression de la loi, ne risque-t-on pas l'arbitraire ? Or, n'est-ce pas de nouveau retomber dans le dilemme. On veut respecter la loi et on permet dans une mesure raisonnable la déformation du texte, les deux idées sont exprimées, mais non réalisées.

II

Pourquoi en est-il ainsi ? C'est parce que de la manière dont on pose le problème, il n'est pas possible d'arriver à la solution voulue. Nous vivons sous le régime de la législation codifiée, la loi est le procédé par excellence qui règle la conduite des hommes ; elle est par cela même le premier objet dont l'interprétation, en tant qu'observation et qui veut embrasser l'ensemble, doit tenir compte.

Mais en nous plaçant devant une organisation sociale, notre attitude n'est pas la même que celle que nous prenons devant les faits de la nature. La loi écrite est une expression de la pensée humaine au moyen du langage, c'est-à-dire par des mots, ou des assemblages de mots, destinés à produire chez ceux à qui ils s'adressent un mouvement intellectuel semblable à celui qui a surgi dans l'âme des personnes dont il émane (1). Par suite, en nous mettant en face du droit établi, il ne suffit pas de dire que le droit est un produit de l'histoire, partant un fait d'observation. La législation actuelle n'est pas seulement un objet d'observation, elle a aussi un autre titre. Elle représente un ensemble de règles provenant d'une autorité devant laquelle il faut se plier. De sorte que l'interprétation, qui n'est que l'intermédiaire entre elles et la vie, doit les prendre telles qu'elles sont. Ce qui veut dire que les dispositions que contient la loi, elle ne peut pas les accepter seulement comme des énoncés logiques, toujours susceptibles d'être vérifiés, d'être remplacés par d'autres vérités, elles contiennent des impératifs établis dans un ordre d'idées auquel l'interprétation doit obéir. Et comme l'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir les principes féconds en conséquences et non de descendre dans les détails qui peuvent naître sur chaque matière et qu'elle contient plus qu'elle n'énonce, il y a le besoin, non seulement de se conformer à ses prescriptions, mais aussi de se les assimiler, ce qui nécessite une élaboration dans le

(1) Gény, *La technique législative dans les codifications modernes*, dans le *Livre du centenaire du Code civil*, 1904, t. II, p. 986.

même plan. Or, constater ce point, c'est reconnaître non seulement une logique que nous devons nous approprier, mais, comme l'interprétation est un ensemble de règles qui embrasse toute la matière, avant d'aller plus loin, il faut prendre une attitude devant la loi, la représenter dans une formule simple, qui synthétise son contenu, en donner une notion et c'est ensuite que nous pourrons aborder les autres éléments.

Tant qu'on pouvait se contenter de l'illusion que tout le droit était contenu dans le code et tant que l'école historique ne voyait le présent que par le passé, l'analyse de cette attitude, que le juge devait prendre devant une législation positive paraissait très simple. Elle se déduisait des postulats mêmes, sur lesquels on croyait que reposait l'ordre social chez les premiers, et la science chez les seconds. Dans le premier cas, elle tournait autour des idées philosophiques et politiques qui ont fait naître le code, et qui permettaient de trouver tout dans le code ; dans l'autre cas, elle recevait le secours de la science, qui paraissait être suffisante pour résoudre toute question.

Mais en présence des données actuelles, il n'est plus possible d'envisager les choses de la même façon, car le juge, quoiqu'il respecte les lois, subit aussi l'influence des faits ; par suite, il est devenu nécessaire d'introduire de nouveaux éléments dans l'interprétation, pour la mettre à même de remplir son rôle et se conformer aux changements qui se sont produits dans la société. Dans ces conditions, quoique l'application de la loi soit une chose normale et habituelle, l'interprétation ne peut plus chercher son objet uniquement dans une législation codifiée, ou dans un droit historique, elle doit embrasser toute la matière, et c'est ainsi que son

domaine est devenu beaucoup plus vaste. Mais à cause de cet élargissement de l'interprétation, nous ne pouvons plus dire qu'il y a une science, pour la législation, comme il y en a une pour les magistrats, et que l'une ne ressemble pas à l'autre, comme on disait dans le temps. Il y a la science tout court. Elle ne s'arrête pas exclusivement au passé, comme dans l'école historique, elle ne tire pas sa valeur, non plus, d'une conception de la codification. Pour nous, le droit positif est une réalité où on embrasse le passé et le présent. Les faits actuels sont au même titre objets d'étude que les antécédents du texte. L'interprétation, en s'élargissant de plus en plus, est devenue une véritable science. Ceci ne veut pas dire que l'art disparaîtra ; il existera après comme avant. Mais, s'il faut que l'on cherche un lien direct entre la science et la pratique, toutes les fois qu'il sera question des procédés objectifs, il n'y a plus à séparer les règles propres de l'interprétation.

Mais c'est précisément parce que l'interprétation veut pousser ses recherches aussi loin que possible, qu'elle ne laisse plus intacte l'attitude que le juge et l'interprète doivent prendre normalement vis-à-vis de la loi. La question que l'interprétation se propose de résoudre en elle-même n'a pas changé, mais par ce fait qu'elle se confond en quelque sorte, avec la science, une attitude nouvelle surgit. En embrassant plus de faits, la science s'est approchée beaucoup plus de la pratique et avec cette nouvelle tendance apparaît aussi une autre tâche qu'elle doit remplir ; elle n'a pas seulement ses intérêts à elle, ce qui est le point initial de toute observation objective, mais elle doit viser un aboutissant pratique : établir un contact direct entre la loi et la vie. Si elle se tenait à une certaine distance de la législation établie, en laissant le soin

de son application à la pratique et à l'art particulier, il n'y aurait aucune difficulté, mais en embrassant toute la matière, elle n'a pas pu décrire seulement un cercle autour de cette législation, sans la toucher elle-même, celle-ci doit aussi entrer dans son étau, puisqu'on relie le passé et le présent. Or, comme la science se fait forte de ses méthodes, qu'elle met ses observations en quelque sorte au-dessus de toute autorité, n'est-ce pas dire qu'en fait de logique elle ne connaît que celle qui est conforme aux lois de la pensée, qu'elle n'entend pas qu'on lui en impose une autre.

Arriver à cette conclusion, n'est-ce pas constater que tout le problème d'interprétation repose sur des postulats contradictoires ; il y a, d'une part, la logique de la loi, de l'autre la logique de la science, qui s'annihilent l'une l'autre. Et nous comprenons pourquoi on ne parvient pas à donner une solution satisfaisante : c'est parce que, de la manière dont on pose le problème, on se met d'avance entre des idées opposées ; par suite, quel que soit l'effort qu'on fera pour embrasser les données du problème et les faire communiquer entre elles, tout sera vain, on se heurtera toujours à quelque chose d'irréductible.

III

Nous n'avons voulu envisager qu'un point spécial, cependant d'importance exceptionnelle, si l'on considère l'interprétation comme un ensemble de règles qui se plient aux nécessités de notre raison. N'ayant pu déterminer son fonctionnement dans les cadres des deux théories indiquées, nous étions obligés de chercher la solution de la question dans l'ensemble des principes qui gouvernent les deux con-

ceptions de l'interprétation. Après examen, il nous a fallu reconnaître que notre espoir était déçu.

Si le résultat auquel nous venons d'arriver n'existait pas, nous pourrions encore dire, puisqu'en posant la question d'analogie on ne parvient pas à une solution satisfaisante dans les deux théories, ne serait-il pas possible de revenir à notre problème, c'est-à-dire à l'analogie, en le posant d'une autre manière qu'on ne le fait habituellement.

Mais après l'exposé que nous venons de faire, c'est une chose impossible, ou plutôt elle est possible seulement à une condition. Puisque, de la façon dont les deux théories envisagent l'interprétation, on arrive à la contradiction des postulats, il faut d'abord trouver un terrain où cette contradiction ne se manifeste pas et c'est alors seulement qu'on pourra discuter le fonctionnement de l'analogie.

Comment en sortir ? Si le droit était une science, dans le sens qu'on attache à ce mot dans d'autres branches de notre savoir, la réponse serait facile et voici le langage qu'on pourrait tenir. De quoi s'agit-il ? Des postulats de notre science. Or ce cadre forcé, pour ainsi dire, dans lequel les deux théories d'interprétation traitent le problème, est-il le seul possible ? Là où on discute les postulats d'une science, l'angle sous lequel on envisage l'objet, les termes entre lesquels on se meut, les problèmes qui se posent et qu'on doit juger objectivement, tout cela constitue les éléments propres à la matière scientifique, la particularité de chaque science, et lui donne une place à part. Or cette particularité, c'est la science, dont il s'agit, qui peut la déterminer le mieux, parce qu'en la cherchant on est forcé de se placer exclusivement au point de vue des intérêts de la science elle-même. On vise à atteindre l'objectif. Il faut

choisir un terrain où les procédés objectifs tomberont avec fruit. Qui peut mieux le faire que la science en question, pourvu qu'on lui laisse la liberté nécessaire de réunir tous les éléments indispensables. Les postulats sur lesquels repose l'interprétation à l'heure actuelle sont contradictoires, alors n'avons-nous le droit de les rejeter et d'en établir d'autres. Il est sans importance pour le savant, si ses représentations s'accordent ou non avec les conceptions qui constituent l'habitude. L'essentiel est qu'il puisse les prendre comme point de départ de ses recherches et qu'elles donnent satisfaction à notre raison (1).

Il est très facile d'accorder cette liberté, quand il s'agit des faits de la nature. Nous savons d'avance que, en cherchant les postulats, nous ne pouvons pas changer l'état de choses qui existent. Ce qui est en notre pouvoir, c'est de trouver un cadre dans lequel nous pouvons serrer de près, dans les propositions logiques, les faits qu'on examine. Mais ici, rien qu'en manifestant cette intention, on se rend compte immédiatement du risque qu'on court. Les règles de droit ne sont pas comme les autres faits, qui existent en dehors de nous et dont nous n'avons qu'à traduire l'explication par des propositions logiques. Une règle de droit, c'est déjà une proposition logique. Pour que l'homme puisse vivre dans la société, il faut une règle. Or, comme l'homme est un être logique, cette règle ne peut être que la traduction d'un raisonnement. Mais quand on discute les postulats, on écarte d'avance tout ce qui entrave le cours des idées, on veut disposer de la liberté entière. Or, en énonçant cette prise de position qui nous permettrait d'envisager

(1) Ernest Mach, *La conscience et l'erreur*, traduction française.

tout le problème sous un autre aspect, l'attitude qui en résulterait, aurait nécessairement une répercussion sur la loi. Comme elle est œuvre humaine et que rien n'existe en dehors de l'homme, ne serait-ce pas reconnaître que le droit positif est l'objet de la science juridique et qu'il faut le rejeter en même temps, puisque sa logique nous gêne ? Dans ces conditions, ne serait-ce pas nous mettre en opposition avec le but qu'on se propose d'atteindre, partant avec nous-même.

On doit constater ensuite que cela serait aussi une chose inutile. La science ne se fait pas du jour au lendemain. Et si l'on se détache seulement pour un instant des idées concrètes sur lesquelles les différentes théories basent leur méthode, il faut reconnaître qu'une science existe, qu'elle a donné les preuves de sa valeur. Le mouvement qui se produit n'est pas une explosion momentanée, mais il est le fruit d'une longue élaboration et représente une suite continue des idées. La science, à mesure qu'elle avançait, a fait un effort constant pour se détacher, d'une part, de ce que la logique de la loi a de rigide, en introduisant l'idée du but et, d'autre part, de ne pas chercher l'issue dans l'analyse de nous-même, mais, au contraire, en extériorisant les éléments, de les regarder comme des choses qui existent en dehors de notre conscience. Et, malgré les reproches qu'on peut adresser individuellement à chaque auteur qui s'est occupé de la question, quand on se place au point de vue des résultats, l'évolution des idées a pris une direction qui dénote une tendance où toutes les théories convergent vers le même but, vers la même conclusion. Tout ce qu'on a dit, tout ce qu'on a fait depuis un quart de siècle n'a qu'une seule signi-

fication, représente une marche progressive des idées où chacun a contribué pour sa part. Et en ce qui concerne les ouvrages qui se sont attaqués directement à la question, les divergences qui les mettent en opposition les uns avec les autres actuellement ne sont plus que des nuances nécessaires et inévitables provenant autant d'une différence de tempérament et de caractère que du point de vue auquel on se place ; de sorte que, si l'on ne peut pas dire que tout le monde s'exprime de la même façon, chose impossible, on tend au moins à donner la même frappe à toutes recherches, ce qui est précisément le signe certain d'une élaboration scientifique et objective.

Et si pour l'instant on abandonne ce point de vue purement théorique, où on ne peut faire autrement que de discuter les problèmes abstraitement, en réduisant tout à quelques concepts simples, et si on consulte ce que la nouvelle méthode est dans la pratique, il y a quelques principes qui se dégagent nettement et que personne ne conteste.

Le point qui ne comporte pas de doute, c'est qu'un texte précis et clair, quelle que soit la conception qu'on se fait de la loi, doit être appliqué. D'autre part, même dans la mesure où il est possible d'introduire des nouveaux éléments dans l'interprétation, le code civil doit rester la base. Une œuvre législative, surtout celle qui embrasse toute une partie de la vie sociale, on ne l'impose pas arbitrairement. Cette vieille législation ne satisfait pas en tous points les besoins du présent, mais par cela même qu'elle lie toujours le juge et que, dans l'évolution, il n'y a pas de rupture brusque, mais une succession lente et progressive des changements, ce vieux code doit s'accommoder avec le nouvel état de choses. C'est en ce sens que, pour connaître tout son con-

tenu, l'étude du passé, de toutes les circonstances qui ont entouré l'établissement de la loi et du but que s'est proposé le législateur, sont, encore aujourd'hui, des éléments indispensables.

Mais reconnaître l'évolution, c'est rejeter une ligne ininterrompue dans l'application du droit. C'est pourquoi justement en regardant la pratique, quoiqu'elle prenne comme point de départ le respect du texte, nous constatons qu'elle ne suit pas toujours un plan unique, mais se plie aux circonstances de l'époque. Nécessairement, ce qui s'impose à l'interprétation, si elle veut rester une observation objective, c'est de connaître à côté du contenu immédiat du code et de l'origine historique des institutions, les idées qui se sont manifestées au cours de l'évolution et qui ont fait corps dans la conscience collective. Où les trouvera-t-elle mieux se refléter, sinon dans les décisions des tribunaux.

Laissons de côté si on peut introduire la jurisprudence parmi les sources formelles, l'essentiel c'est de constater pour notre méthode, qui veut être toute observation, qu'elle offre un champ très fertile et qui révèle le mieux les besoins actuels. Puisqu'il y a la nécessité de connaître les problèmes juridiques sous toutes leurs faces, en suivant la jurisprudence pas à pas, ne peut-on saisir ce qui agite la société actuelle ? Ceci n'exclut pas une étude approfondie de toutes les données en elles-mêmes, mais l'étude de la jurisprudence offre un élément indispensable, si on veut rester objectif. Car d'abord, le juge, de par sa fonction, se tient du côté de la loi, par suite, rarement, il brusque les choses. Ensuite abandonné à nous-mêmes, à nos conceptions, nous sommes enclins de résoudre les questions d'après nos préférences personnelles. En étudiant ces arrêts, nous saisis-

sons de quel côté apparaissent les difficultés, ils nous forcent de suivre les choses telles qu'elles se présentent effectivement.

Mais comme les décisions des tribunaux ont parfois quelque chose d'hésitant, d'encombré, il y a souvent lieu de s'affranchir de ce cadre dans lequel se meut le juge. Ce qui force la doctrine d'élargir son champ d'investigations, d'observer les mêmes données qu'élabore la jurisprudence, mais avec plus d'indépendance, et de scruter la conscience collective en elle-même, en s'aidant, dans ce travail, des doctrines voisines du droit.

Certes, ces sciences sont, pour la plupart, dans l'inachèvement et n'offrent pas des critères absolus. Mais on a trouvé aussi leur complément qui n'est autre que le droit comparé. Le plus souvent l'idée de justice dont le juge voudrait faire application n'aura pas réussi encore à forcer textuellement l'entrée de la loi, la constatation de son objectivité, d'après la conscience populaire collective, risque si facilement de se faire, surtout d'après un système purement personnel, puisque l'idée dont on recueille l'écho d'une façon un peu diffuse dans toutes les aspirations d'un moment n'aurait encore fait nulle part ses preuves d'application juridique. Mais lorsqu'on rencontre dans un domaine de réalisation législative et de fonctionnement pratique le même idéal formulé en dispositions de lois, et que ces dernières ont pu fournir leurs résultats et faire preuve de leur plasticité technique, cette fois le juge a devant lui la manifestation objective du système dont la conception de justice empruntée au milieu national lui demande d'être l'interprète et l'organe.

Assurément le juge ne peut pas changer les textes, im-

ser des formalités, réglementer une institution, toutes ces créations organiques sont de la compétence du législateur.

Mais lorsque la loi a laissé à la libre évolution scientifique le soin de préciser une conception du droit, et c'est le cas de la plupart des définitions théoriques qui sont la base de nos institutions de droit privé, si le juge ne trouve plus dans la conception traditionnelle de quoi satisfaire aux nécessités pratiques qui se font jour et si cependant d'autres législations ou même un mouvement de doctrine, ayant son point de départ dans une législation étrangère, ont conçu d'autres formules, entrevu d'autres idées susceptibles de donner satisfaction à des nécessités pratiques analogues, et que ces formules aient développé leurs conséquences dans un sens expérimental fécond en résultats, l'élément objectif de réalisation sur lequel le juge cherchait à assurer l'évolution nouvelle de son interprétation juridique existe, il fonctionne, il est sorti du vague des aspirations dissipées pour se formuler en droit, il a pris une valeur scientifique et juridique universelle (1).

IV

Mais s'il y a une méthode qui fonctionne, pourquoi alors, lorsqu'on veut serrer les données du problème, il y a toujours quelque chose qui échappe. La théorie de l'interprétation doit donner un correctif aux procédés utilisés dans la pratique. Or puisqu'il y a un doute sur le point capital, comme toutes ces théories sont animées d'un esprit de liberté, n'y a-t-il pas lieu de craindre que, justement au moment où

(1) Saleilles, *L'école historique et le droit naturel*, *Revue trimes-trielle*, 1902, p. 109.

il nous est le plus nécessaire de nous baser sur les règles d'une méthode homogène, nous soyons privés du guide. Si l'on veut tirer parti de la méthode, on ne doit pas laisser ce point sans l'éclaircir. Autrement, il en résulte sur le terrain pratique des inconvénients de toutes sortes.

Mais comment nous prendre ? Impossible d'arriver à la solution directement en partant d'une notion de loi ; il est malaisé de rejeter les postulats, par conséquent, c'est affirmer la possibilité de discuter entre les données telles qu'elles se présentent, et en même temps il y a là une voie sans issue. Il est évident que notre raison se heurte à quelque chose qu'on ne s'explique pas.

Pour y remédier on dirait qu'il n'est plus possible de reculer. L'interprétation ne parvient pas à elle seule à donner une solution satisfaisante ; si on veut vider le débat il est nécessaire de sortir des termes de l'interprétation. Il s'agit d'un problème général où notre raison est en jeu ; si on veut donner une réponse qui puisse satisfaire notre esprit, il n'y a qu'un seul moyen, c'est d'entrer résolument dans la philosophie.

On peut ne rien objecter contre les idées philosophiques, mais à quel moment peut-on y recourir ? La philosophie cherche à s'orienter dans l'ensemble des faits d'une façon aussi complète que possible ; elle est obligée, par là même, d'emprunter à la science des éléments pour sa construction. La science n'a d'abord à envisager et à étudier qu'un domaine de faits plus restreint. Mais en vue du but actuel qu'il se propose à chaque instant, c'est toujours d'une façon arbitraire et brutale que l'homme sépare les faits les uns des autres, et les limites du domaine offert à chaque spécialité se trouvent de plus en plus reculées par le progrès de la

recherche scientifique. Tout spécialiste se rend compte finalement que les résultats obtenus dans les autres branches doivent contribuer à l'orienter lui-même dans sa spécialité (1). Cette nécessité s'impose-t-elle ici ? Il en serait ainsi, en effet, si nous étions en présence d'une méthode aussi étroite comme celle des classiques par exemple. Mais ce moment est passé depuis longtemps. Aujourd'hui, il y a plutôt surabondance de ces idées. Elargir encore davantage cette méthode ne serait-ce pas une besogne inutile, ensuite ne s'exposerait-on pas à un certain danger ? Comme les principes sur lesquels l'interprétation travaille sont en antagonisme, en pénétrant dans le domaine des idées générales, nous serions, nous semble-t-il, inévitablement engagés à chercher seulement un terme, qui par son indétermination permettrait de lier dans un ensemble les idées opposées les unes aux autres, une expression qui, par sa largeur même, reconcilierait les deux domaines, mais qui au fond serait vide.

Ensuite, en se plaçant au point de vue de l'interprétation, peut-il être question de ces choses-là ? Certes, elle peut énoncer la nécessité des idées philosophiques, mais, en tant qu'interprétation, il est impossible de les discuter. Elle est en premier lieu une doctrine pratique, vise l'application, par suite travaille avec l'acquit. Nous arrivons ainsi à la conclusion opposée à celle qui en résulterait si nous avions accepté une discussion philosophique. La seule question que peut se poser l'interprétation ce n'est pas de pénétrer dans les idées générales, mais de déterminer avec plus de préci-

(1) Ernest Mach, *La connaissance et l'erreur*, traduction française, p. 14.

sion le rôle de la loi et de savoir comment elle va entrer en rapport avec les différents éléments que la science considère comme son objet. On doit, sans aller plus loin, la résoudre avec les données elles-mêmes.

Devrions-nous, maintenant, revenir au problème en cherchant à mieux préciser ses données ? Il me semble que ce serait une besogne inutile, à l'heure actuelle. Après tant d'excellents travaux concernant les éléments de l'interprétation, il y aurait peu de choses à ajouter. D'autre part, puisque les données du problème restent toujours les mêmes, ne serait-ce pas de nouveau nous heurter à l'écueil. Les deux théories nous ont conduit à une équivoque, il n'en pourrait être autrement avec celle que nous aurions élaborée. Toute tentative de ce genre est donc condamnée d'avance.

Mais ne dirait-on pas alors que la situation est sans issue ? En est-il réellement ainsi ? Nous avons constaté que toutes les opinions convergent vers le même but, qu'il n'est plus nécessaire de reconstituer une méthode qui existe. D'autre part, après avoir écarté toutes les alternatives qui pourraient nous égarer dans la recherche d'une solution, nous étions forcé de revenir, pour ainsi dire, au même point : il faut chercher la réponse dans les données mêmes de l'interprétation. La seule alternative qui reste encore, nous semble-t-il, c'est de nous demander s'il est impossible d'arriver à une réponse satisfaisante, de la manière dont on pose le problème habituellement, ne pourrait-il se faire qu'il y ait là une difficulté que nous créons nous-mêmes. On introduit involontairement peut-être une idée qui ne sert à rien et qui crée un pseudo-problème.

Il suffit d'énoncer cette possibilité, pour nous rendre

compte qu'effectivement il peut en être ainsi et que les données elles-mêmes indiquent la voie à suivre.

Comme nous l'avons expliqué, la difficulté vient de cette circonstance que la loi, tout en contenant un fait d'observation, n'existe pas comme les autres faits en dehors de nous; mais en même temps qu'il y a fait, il y a aussi un raisonnement qui s'impose. Par suite, vu son importance et qu'il faut définir, comment pouvons-nous lier ce fait avec d'autres, puisqu'avant d'être l'objet d'une observation, il est une logique; il devrait garder cette logique continuellement, ou, s'il ne la garde pas, que devient notre raison dans tout cela.

Mais si c'est seulement notre pensée et notre raisonnement qui sont en question, est-ce la seule voie que prennent les deux théories d'interprétation, pour arriver au résultat. A côté de ce jurisconsulte qui discute entre les postulats il y a aussi le jurisconsulte à l'œuvre, qui ne peut pas avoir constamment devant les yeux les principes directeurs de la théorie d'interprétation, mais vise avant tout à solutionner les questions qu'on lui pose et il raisonne aussi. Et alors n'y a-t-il lieu d'espérer qu'en regardant ce jurisconsulte, on puisse traduire son raisonnement en éléments compréhensibles pour notre raison.

Cette prétention se justifie pleinement. D'abord le droit contenu dans la loi est-ce autre chose qu'une proposition logique, par conséquent un raisonnement érigé en règle juridique. Et c'est justement à cause de ce caractère de la loi, qu'on a pu dire que malgré son importance pour l'homme, elle n'est pas la réalité même, mais le produit d'une nécessité pratique. Pour diriger l'humanité dans la sphère extérieure que circonscrit l'horizon juridique, il ne suffit pas,

faisant œuvre de science, de dégager, par l'observation et la réflexion, des principes qui répondent aux conditions de la vie sociale, il faut mettre en œuvre ces principes et les adapter aux circonstances concrètes. Un ensemble de procédés ou de moyens pratiques est nécessaire qui représente la part spécifique de l'art ou du métier dans le droit et qu'on peut appeler la technique législative (1). La technique de la législation consiste essentiellement dans l'ensemble des procédés au moyen desquels la source capitale du droit positif chez les modernes, la loi écrite, se trouve adaptée à son rôle spécifique, qui n'est autre que la direction précise des actions humaines vers le but ultime de toute organisation juridique. Il s'agit, en effet, pour le législateur, de formuler des règles fixes, impérieuses, catégoriques qui soient de nature à établir une délimitation certaine des intérêts humains en conflit et assurer l'ordre nécessaire au développement de la vie sociale. En soi l'invention de semblables règles, tranchant sur la complexité du monde réel, constitue un procédé de technique juridique et elle se déduit de la considération du but propre du droit envisagé d'après son essence comme la discipline positive régissant les hommes en société (2).

Mais dire que c'est une technique, c'est dire qu'elle n'est pas la réalité même. Pour qu'elle puisse venir en contact avec celle-ci, elle implique un art correspondant, qui sera le joint entre la vie, la source véritable, et les règles générales et abstraites. De même que, pour formuler l'impératif,

(1) Fr. Gény, *La technique législative dans les codifications civiles modernes*, dans le *Livre du centenaire du code civil*, 1904, p. 991 à 992.

(2) Fr. Gény, *op. cit.*, p. 991.

il ne suffit pas de faire œuvre de science, de même dans l'application du droit, pour résoudre une question, il ne suffit pas de connaître et de comprendre la loi ; mais il faut encore l'adapter et l'approprier aux espèces concrètes. La loi n'agit pas d'elle-même, il lui faut un organe qui est le juge. Ce qui permet de dire qu'à côté de la technique législative, il y a la technique judiciaire, qui a pour tâche d'assigner aux institutions, des formes appropriées à leur objectif pratique, simplifier les complexités, permettre l'assimilation au corps social de la substance juridique, faire pénétrer le fond des préceptes dans le courant extérieur de la vie de l'humanité (1). Et de même que le législateur, en passant des faits à l'impératif, à la formule, ne peut donner son œuvre que comme conséquence logique, de même le juge, en se servant des impératifs de la loi pour descendre vers la réalité, ne peut le faire que par la voie du raisonnement. Seulement comme il est continuellement en présence de la réalité vivante, son raisonnement n'est pas la déduction pure, mais plutôt une adaptation, un accommodement entre les textes et la situation, pour cette simple raison que la force est dans les rapports humains, avant d'être dans les règles abstraites.

Cette constatation faite, il est clair que si nous voulons avoir une définition exacte de la loi, étant donné qu'elle est un raisonnement, il n'est pas possible de faire abstraction de ce que devient, dans la pratique, ce raisonnement contenu dans le texte. Et si toutes les théories d'interprétation échouent c'est peut-être parce que, dans le raisonnement du juge, il y a un élément qui nous échappe. On suppose connaître une

(1) Géný, *op. cit.*, p. 992.

chose qui demande d'abord à être examinée. Mais s'il en est ainsi, si pour connaître le contenu du code, il faut savoir ce que deviennent ses règles à travers les sinuosités du raisonnement du praticien, cette pensée pratique ne pourrait-elle servir de pierre de touche à ce que nous mettons habituellement dans la conception de la loi ?

Ensuite, une théorie d'interprétation ne peut être qu'une transposition purifiée et synthétisée des procédés auxquels nous sommes déjà habitués, ses règles ne sont que reproduction coordonnée de ce qui se passe dans la pratique. Or nous venons de constater que ce qui constitue le plus grand succès de la méthode actuelle, c'est que la doctrine s'est mise à suivre la jurisprudence. Pour elle, dans le domaine juridique, c'est la masse des décisions qui constitue la réalité dont on ne peut s'abstraire, qui constitue l'organisme qui s'offre à l'étude du jurisconsulte et dont il ne saurait prétendre connaître l'évolution (1). Depuis la promulgation du code, les cent ans déjà écoulés nous fournissent une jurisprudence abondante où les questions se font voir sous toutes leurs formes. L'étude comparative de décisions de justice éveille toujours des idées que la réflexion abstraite n'aurait jamais suggérées. Alors n'y a-t-il pas lieu d'espérer que si on tournait les choses vers ce raisonnement pratique, on trouverait, sinon une réponse qui réconcilie toutes les théories, tout au moins une réponse qui donne satisfaction à notre raison en écartant la difficulté qui paraît être inévitable, lorsqu'on pose le problème d'interprétation ?

(1) Josserand, *L'abus du droit*, 1905, p. 18.

V

Est-il nécessaire d'observer le raisonnement judiciaire dans son intégrité ? Si on rejette ce qu'a d'étroit la théorie de la volonté, au moins dans la forme initiale, et ce qu'a d'excessif la théorie sociologique, il faut constater que, en ce qui concerne la loi, tout le monde est d'accord que son application doit rester le cas normal. D'autre part, on est d'accord qu'il faut accorder de larges pouvoirs au juge. Ce qui est le plus important pour nous, c'est le moment spécial où viennent en contact la science et la loi. Là où naît la difficulté, c'est au moment où l'on passe du texte aux sources extra-légales. Pour y remédier, il n'y a qu'un moyen, c'est de prendre la question par un biais commode, où nous sommes sûrs que les exagérations ne sont pas possibles, choisir un terrain où l'influence des deux tendances se fera également sentir, en quelque sorte, trouver un détail qui nous permettra, au lieu de déduire la solution de certaines considérations générales, de procéder en sens inverse ; de sorte que, tout en se rendant compte qu'on traite un problème qui agite les idées générales, on ne se sent pas gêné par les idées préconçues.

L'analogie ne nous offre-t-elle pas ce biais ? Malgré les critiques qu'on a pu adresser à sa conception, elle réapparaît d'elle-même. Dans le choc des méthodes elle a subi une certaine transformation, mais elle surgit toujours. Il y aurait, là où on la rencontre, quelque chose qui résiste à toutes les attaques, à toutes les innovations, quelque chose de plus fort que les idées. Pour nous, c'est une constatation qu'entre la loi et la science on trouve son application et, sous ce rapport, peu importe qu'il soit possible de l'envisager à titre

distinct et de la circonscrire. Ce qu'il faut considérer ce sont les données qu'elle offre et non ses limites. Sa puissance de combler toutes les lacunes a disparu. Actuellement, de son omnipotence d'autrefois il ne resterait qu'un fait, on n'a plus besoin de forcer ses termes pour donner une amplitude démesurée à la loi. On applique la loi, mais on reconnaît aussi que le juge use d'une liberté, qu'il crée le droit, l'analogie constitue un moyen terme entre ces deux domaines. Au lieu de la considérer comme un pont qui permet d'aboutir sur le terrain où l'interprète peut se permettre une certaine liberté de mouvement, puisque cette liberté existe et dépasse les cadres de l'analogie, ne vaut-il pas mieux voir en elle une occasion pour pénétrer plus à fond, non seulement ce qui est permis à l'interprète, mais avant tout ce qu'il fait ?

L'analogie contient les mêmes éléments que l'interprétation prise en grand, elle se trouve justement à l'endroit du joint. Nous sommes suffisamment éloignés de la loi pour regarder les choses librement ; d'autre part, comme il y a un lien, le danger de tomber dans les exagérations, est écarté. Comme son application est très large, si on trouve la clef de son mécanisme, du même coup il devient possible de projeter une lumière sur tout le problème. Et voici ce qu'on pourrait dire. Une loi, malgré sa très grande importance pour la conduite des hommes, reste l'œuvre humaine et comme telle n'est que la traduction pratique d'un raisonnement, elle suppose toujours une opération logique. Dans les cas, où le juge, à défaut d'une règle certaine, recourt à l'analogie, il applique aussi une règle et il l'établit en vertu du raisonnement. D'après sa définition même, l'analogie est le raisonnement du particulier au particulier. Au contraire, la loi contient les règles générales et abstraites. Alors ne pour-

rait-on tenir un langage comme celui-ci ? De même que, lorsqu'il s'agit des institutions juridiques, quoique les études précédentes nous permettent de nous en faire une idée, quand nous voulions entrer à fond dans la matière, nous sommes obligés de partir des cas concrets pour construire l'idée de l'ensemble ; de même ici cet ensemble de règles, qui devrait diriger l'interprétation, doit subir l'épreuve d'un examen plus approfondi de ses éléments, et nous sommes autorisés à le faire, puisque l'on constate l'impossibilité pour les différentes théories d'y parvenir. En posant le problème d'analogie, nous sommes précisément devant cet élément. Nous savons bien que derrière cette question il y a un problème plus général, mais nous nous rendons compte aussi qu'on n'y peut arriver que par étape, de sorte que, s'il faut voir dans le raisonnement par analogie un acte particulier de notre activité mentale, en tant qu'application, c'est, en la prenant vis-à-vis de la loi, un fait, et nous le rencontrons précisément à l'endroit où il s'agit de réunir dans un ensemble la loi et la science. Par suite ne pourrait-elle pas, dans une certaine mesure, servir de moyen de contrôle de ce que nous mettons dans ce rapport.

CHAPITRE III

I. L'analogie dans les espèces simples. — II. Le cas dans lequel le procédé travaille sur une base plus large. L'analogie dans les hypothèses où la volonté des parties privées joue le principal rôle. — III. Série d'exemples où l'analogie permet de créer le droit. Elle va contre les principes qui sortent directement de la loi. L'analogie envahit même le texte de la loi. — IV. L'explication du procédé. — V. La valeur objective de l'analogie.

I

En revenant de nouveau à l'analogie, ce que nous nous proposons, c'est de regarder son emploi sinon avec plus de liberté, tout au moins en dehors des idées qui pourraient forcer la conclusion. L'essentiel, c'est d'écarter l'image de son mécanisme, telle qu'elle est commandée d'avance par une conception d'interprétation, quelle qu'elle soit.

Quand on s'adresse à la pratique, ce qu'on rencontre au premier abord, c'est une foule d'exemples tout prêts de la loi ; et quelle que soit l'opinion, qu'on peut se faire du procédé dans toute son étendue, ce qui représente le cas le plus habituel, c'est que l'écart qui sépare l'analogie du texte est pour ainsi dire minime.

Selon l'article 2103, 1^o, § 1, du code civil, le vendeur a le privilège sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix. On

doit placer sur la même ligne que le vendeur proprement dit, l'échangiste avec soulte. L'application du privilège du vendeur à la soulte de l'échange, n'est point une extension de ce privilège à une créance d'une espèce différente, la soulte n'étant autre chose que le prix de la transmission à titre onéreux d'une portion d'immeuble donné en retour (1).

Dans le cas où le mobilier est exclu de la communauté, particulièrement lorsqu'on stipule la communauté réduite aux acquêts, on recourt au vieil adage : l'estimation vaut vente, qu'on applique dans le régime dotal (art. 1551) (2). Cette règle est le résultat d'une interprétation très rationnelle de la volonté des parties. A ce titre, elle peut être parfaitement appliquée à la communauté (société d'acquêts). Un époux prend soin de faire estimer les meubles propres. Quel peut être son but probable ? C'est de conserver le droit de reprendre la valeur des objets, alors qu'ils auront disparu, ou qu'ils seront usés, démodés. Cela est vrai surtout quand l'estimation du mobilier est faite en bloc, sans aucune désignation des meubles. Si les époux n'ont fait aucune énumération des valeurs, cela tient à ce que ces valeurs ne devaient pas être des propres, mais devenir chose commune. La raison de décider est la même sous le régime dotal et sous le régime de la communauté. On peut invoquer encore d'autres articles. Les mêmes principes sont appliqués aux associés (art. 1851). Or, dans l'espèce, ne s'agit-il pas d'une estimation entre époux, entre associés ? La communauté conjugale, pour être l'accessoire du mariage, n'en est pas moins une société

(1) Aubry et Rêau, *Cours de droit civil français*, 5^e édition, § 263, texte et note 12, t. III, 4, p. 169.

(2) S., 78, 1, 1 et note de M. Labbé.

de biens et d'intérêts. Sans doute, elle repose sur des principes tout particuliers et contraires, en bien des points, au droit commun des sociétés ordinaires ; mais on ne peut nier qu'il y ait des analogies entre la communauté et les sociétés ordinaires.

L'article 909 frappe d'une incapacité de recevoir par testament, les médecins et pharmaciens qui auront soigné une personne durant sa dernière maladie. Les tribunaux n'ont jamais hésité à leur assimiler tous ceux qui exercent illégalement la médecine. Les motifs de l'article 909, disent les arrêts, rendent ce texte applicable à tous ceux qui exercent la médecine sans titre légal. Et même l'incapacité qu'il édicte doit frapper surtout les charlatans empiriques et magnétiseurs. Ne possédant aucune garantie de savoir ni de moralité, ils acquièrent sur leurs clients une influence plus complète et plus dangereuse que celle des médecins et des pharmaciens.

Le code civil, avant la loi du 25 mars 1896, n'avait pas accordé expressément la réserve aux enfants naturels, la question avait été de bonne heure résolue affirmativement par la jurisprudence. L'article 757 donnait à l'enfant naturel une portion du droit qu'il aurait eu s'il eût été légitime. Alors c'était un droit de succession de même nature que celui des enfants légitimes, mais seulement moindre dans sa quotité. On tirait aussi argument de la disposition de l'article 761, qui ne permettait pas au père de dépouiller complètement son enfant. La question n'était plus discutée, au moins quant au principe. La loi du 25 mars 1896 a réglé la question expressément. D'après l'article 915 nouveau, la réserve de l'enfant naturel est une quotité de celle qu'il aurait eue s'il

eût été légitime, et cette quotité se détermine à l'aide de la même proportion qui sert à fixer sa part *ab intestat*.

L'article 1005 détermine que le légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le testament à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année, depuis cette époque. D'autre part, un légataire à titre particulier, ne peut prétendre aux fruits et intérêts de la chose léguée qu'à partir du jour de la demande en délivrance (art. 1014). Aucun texte n'a réglé la situation des legs à titre universel. On les assimile aux legs universels : ce sont des dispositions à cause de mort, de même nature, qui ne diffèrent que par leur degré d'étendue. A partir du jour du décès, un légataire à titre universel, quoiqu'il n'ait pas été mis en possession, a néanmoins droit à une quote-part de la masse héréditaire, que les fruits ont augmentée, de même qu'il est tenu d'une quote-part des dettes et obligations du défunt (art. 1012). — Cass., 6 avril 1891, D., 92, 1, 279, S., 92, 1, 515).

Sous le régime de la communauté, l'époux ou son héritier doit rapporter les sommes qui en ont été tirées, ou la valeur des biens que l'époux a pris dans les biens communs pour doter un enfant du premier lit (art. 1469). La jurisprudence décide que la récompense est due pour toute espèce d'établissement, pour l'achat d'un fonds de commerce, jadis pour la prime de volontariat (Cass., 14 avril 1886, D., 87, 1, 169, S., 89, 1, 289), pour le don manuel d'un titre de rente (Cass. 11 nov. 1902, D., 1902, 1, 573).

La femme ne peut être marchande publique qu'avec l'assentiment du mari (art. 220 du code civil et art. 4 du code de

commerce). Cette règle, par identité de motifs, a été étendue par la doctrine et par la jurisprudence à l'exercice de toute autre profession. C'est ainsi qu'une femme ne pourra être professeur, ni domestique, ni employé de commerce sans l'autorisation du mari. De même il faudrait à la femme une autorisation du mari pour qu'elle puisse embrasser la profession d'actrice ou passer les examens de sage-femme (trib. Seine, 2 mars 1887; *Jurisprudence Générale, Supplément 1^{er}, Mariage* n° 495; Paris, 4 mars 1903, D. P., 1903, 2, 141). Le code civil considère, en effet et cette considération correspondait à merveille à l'état économique de la société française en 1804, en même temps qu'aux conceptions du code civil sur la famille et sur le mariage, que l'exercice par la femme d'un mode d'activité productive lui confère une indépendance qui l'expose, parfois, à des inconvénients et à des dangers anormaux. Il appartient au mari seul, le chef de l'association conjugale, de décider si un tel état de choses lui paraît compatible avec sa dignité et son autorité (1).

On admet, en principe, qu'on peut étendre aux fonctions de curateur du mineur émancipé, les incapacités, les causes d'exclusion et de destitution, ainsi que les causes d'excuses organisées par la loi pour la tutelle des mineurs émancipés (2).

Les espèces que nous venons de citer sont tellement voisines de la loi, les intérêts en jeu sont de telle sorte, qu'on

(1) M. A. Colin, Cass. req., 11 novembre 1907, D., 1908, 1, 25.

(2) Demolombe, t. VIII, nos 247 à 250; Aubry et Rau, § 128, t. XV, 1897, p. 830 à 831; Beudant, *Etat et capacité des personnes*, n° 912, t. II, 543.

est encore tout près du cadre légal. Par suite, quoique le juge règle un cas non prévu, la transposition du principe qu'on tire de la loi n'offre aucune difficulté, les ressemblances qu'on constate nous mettent pour ainsi dire en contact direct avec la loi, on se trouve comme d'avance enveloppé dans un réseau d'idées qui sortent des dispositions légales. Ce qu'on fait la plupart du temps, ce n'est que changer un terme, et la règle qu'on applique, si elle n'est pas suffisamment large pour embrasser immédiatement le cas nouveau, la solution qu'elle contient est pleine affirmation du jugement que nous portons sur l'espèce en cause, son expression est si proche de la situation nouvelle, qu'on peut se contenter de la plus simple généralisation.

II

Si on continuait d'aller dans cette voie où l'interprétation et l'analogie se touchent pour ainsi dire, il serait facile de trouver un nombre infini d'exemples semblables. Mais autant qu'on veut les multiplier, tout en constatant que l'analogie est invariablement le prolongement de la loi, il faut reconnaître aussi qu'elle ne vient pas toujours en ligne directe, comme dans la première série de cas ; la solution n'est pas immédiatement donnée dès que se présente le cas qui n'est pas prévu par la loi ; souvent une appréciation détaillée est inévitable, parfois un doute plane, de quel côté nous adresser pour trouver dans la loi le principe cherché ?

L'article 2279 consacre la maxime « en fait de meubles, possession vaut titre ». Cette disposition ne vise que la propriété seule des choses mobilières. Ne pourrait-on appliquer

le même principe au créancier gagiste qui, de bonne foi, a reçu en nantissement d'une personne, qui n'en était pas propriétaire, des titres au porteur, et lui permettre de repousser l'action en revendication du véritable propriétaire ? Un banquier par exemple, qui aurait reçu en gage des titres au porteur, ne pourrait-il être considéré comme n'étant pas tenu d'exiger du constituant la justification que ses titres sont sa propriété. En ne le faisant pas, en ne réclamant pas cette justification, il ne commet aucune faute engageant sa responsabilité. Ensuite, le créancier gagiste, quoiqu'il n'ait pas de prétention à la propriété et que le débiteur possède le gage par son entremise, il n'en est pas moins vrai qu'il a la volonté de faire valoir un droit réel. En ce qui concerne le droit de gage, le créancier gagiste a la possession. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer l'article 2279 à tous ceux qui exercent sur des choses mobilières d'autrui un droit comme s'il leur appartenait en propre. Du reste, les motifs qui justifient la règle : « en fait de meubles possession vaut titre », ont la même force pour un créancier que pour un gagiste. L'absence d'écrit pour constater les transmissions de meubles corporels et de titres au porteur, met obstacle à ce que le créancier gagiste, comme l'acquéreur, puisse savoir s'il a contracté avec le véritable propriétaire. En admettant la revendication contre les créanciers gagistes de bonne foi, on porterait atteinte au crédit. La crainte des évictions restreindrait les prêts sur les titres au porteur, devenus si fréquents de notre temps et qui ont, pour les commerçants et même pour les simples particuliers, une si grande utilité (1).

(1) S., 98, 1, 481 et la note de M. Lyon-Caen. — L'arrêt de la cour de cassation est en sens contraire.

D'après l'article 1003, le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. D'après l'article 1010, le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens, dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier.

Les legs en usufruit de la totalité doivent-ils être assimilés aux legs universels ? Un nombre d'auteurs, s'appuyant sur la logique, exclut cette assimilation, car ce qui est simple usufruit ne peut, par définition, être total, il manquera toujours quelque chose au légataire, à savoir le droit de propriété. Si le legs de la nue propriété de tous les biens est un legs universel, c'est que le légataire a la certitude d'obtenir un jour l'usufruit.

Quoique la loi dans les articles 1003 et 1010 ne parle que de la propriété et ajoute dans le dernier : « tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier », on peut admettre, avec une partie de la doctrine et la jurisprudence, que la position dans les deux cas est analogue. Quant à l'étendue de l'usufruit, c'est-à-dire d'après la quantité des choses sur lesquelles il porte, il y a vocation au tout. D'ailleurs, il faut remarquer aussi que la répartition des legs en trois classes paraît être faite par la loi, d'après cette base et non d'après la nature du droit conféré au légataire. Et si cela est vrai, alors quand on pose la question par rapport à l'usufruitier, il ne s'agit pas de savoir si le légataire a le droit de propriété entier, mais si son droit est de nature à porter sur l'universalité des choses qui composent

le patrimoine du testateur au jour de son décès. A ce point de vue la réponse ne peut qu'être affirmative.

Selon l'article 1139, le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que le débiteur sera mis en demeure, sans qu'il soit besoin d'acte spécial et par la seule échéance du terme.

Quoique l'article 1139 paraît déterminer tous les actes aptes à mettre en demeure le débiteur, le juge, sous la pression des faits, s'est départi de la rigueur du texte pour donner une élasticité plus grande aux règles qu'on applique. C'est ainsi qu'aujourd'hui, on est loin d'exiger la sommation ou l'acte équivalent. Cette équivalence, on la cherche dans les besoins pratiques et dans l'intention des parties et on décide que les actes spéciaux ne sont pas nécessaires pour servir de base à une action en dommages-intérêts. Et particulièrement en matière commerciale, la mise en demeure résultera suffisamment d'une lettre-missive, d'un télégramme, d'une réquisition verbale, en un mot, d'un acte quelconque, par lequel le créancier manifeste nettement la volonté de faire exécuter l'obligation (1). La Chambre des requêtes de la cour de cassation, dans son arrêt du 5 décembre 1883, a autorisé les juges du fond à admettre comme suffisante, même en matière civile, une mise en demeure faite par lettre missive (2).

D'après l'article 1422, les donations mobilières des biens

(1) Cass. req., 16 mai 1882, D., 83, 1, 175 Civ. rej., 19 février 1878, D., 78, 1, 261.

(2) D., 1884, 1, 130.

de la communauté sont permises au mari, sauf lorsqu'il s'agit de l'universalité ou d'une quotité du mobilier (si ce n'est pour l'établissement des enfants communs), ou lorsque la donation des effets mobiliers et à titre particulier est faite avec réserve d'usufruit pour le mari.

A lire l'article 1422, une donation à titre particulier en dehors des exceptions prévues, serait toujours permise, mais la jurisprudence ne s'arrête pas aux termes formels de la loi ; elle annule comme frauduleuses toutes les donations excessives et réduit le pouvoir du mari aux cadeaux et présents, considérant qu'on ne peut pas entendre l'article 1422 en ce sens que le mari peut disposer des valeurs considérables respectivement à la consistance de l'actif de la communauté, sous l'apparence d'une disposition à titre particulier, alors qu'il lui est interdit de donner une quotité déterminée, telle que la moitié, le tiers du mobilier. Les dispositions de la loi seraient éludées et ses prescriptions deviendraient illusoires, si on reconnaissait au mari la faculté de faire des dons en argent qui absorberaient, en raison de leur importance, la plus grande partie de l'actif de la communauté.

D'après l'article 1443, la femme peut poursuivre la séparation de biens lorsque la dot est mise en péril et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. Par cette disposition, la femme est protégée comme propriétaire pour les biens qu'elle a apportés en mariage et comme créancière pour les actions qu'elle peut faire valoir contre son mari, ou contre la communauté.

On est d'accord pour donner un jeu plus large à l'article 1443. On n'exige pas que la dot ou les reprises soient détournées, compromises en capital ; il suffit que les revenus soient détournés de leur destination légale, qui est l'entretien de la famille. Ce n'est pas la propriété de la femme qui est en péril, mais, comme la dot a pour destination l'entretien de la femme, des enfants et de tout le ménage, les revenus méritent la protection au même titre que le capital. Ainsi la jurisprudence admet la séparation, si le mari gaspille les revenus en folles dépenses, s'ils sont saisis par les créanciers du mari, ou séquestrés par l'Etat. Pour les mêmes raisons, on assimile aux revenus les produits du travail de la femme, profits ou salaires, quand elle a un talent ou une industrie qui la fait vivre. Il n'est pas nécessaire que ce péril existe seulement pour les biens faisant actuellement partie de la dot. La séparation serait possible pour sauver une succession que la femme attend et qui tomberait en communauté. Si l'on ne se hâtait de prononcer la séparation, le mari la gaspillerait comme il a fait de ses propres biens (1).

Les articles 499 et 513 énumèrent les actes défendus à une personne pourvue d'un conseil judiciaire. Le tribunal peut, si les circonstances l'exigent, ordonner que la personne pourvue d'un conseil ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner ou grever ses biens d'hypothèques sans assistance du conseil qui lui est nommé. En dehors de certains autres actes, comme la constitution des servitudes

(1) Planiol, *Droit civil*, 5^e édition, t. III, nos 160-172.

et d'autres droits réels, compromis, acceptation et répudiation de succession, partage, qui par leur analyse juridique peuvent être ramenées à une des opérations énumérées, l'énumération des articles 499 et 513 était, pour les auteurs de la loi, certainement limitative. Par conséquent, tous les actes qui ne sont pas mentionnés ou implicitement compris devraient être considérés comme permis, particulièrement les obligations des faibles d'esprit et des prodigues seraient valables. Mais la jurisprudence en établissant une certaine équivalence entre les personnes pourvues d'un conseil judiciaire d'une part, et le mineur émancipé, et la femme séparée de biens d'autre part, auxquelles la loi n'accorde que la liberté d'administration, frappe les incapables des articles 499 et 513 d'une incapacité générale, et annule les obligations toutes les fois qu'elles dépassent les limites de l'administration (1).

Que peut-on dégager comme principe des exemples qu'on vient de citer ? Ils prouvent certainement que la loi sous-entend plus qu'elle ne contient et que l'analogie comme moyen terme offre une transition entre la loi, comme source formelle, et la recherche scientifique s'élaborant à côté et en dehors du texte ; qu'elle permet d'utiliser les éléments qui existent déjà, et sert d'instrument pour conserver l'harmonie de l'ensemble en donnant à l'esprit un moyen d'envisager les problèmes dans leur milieu naturel.

Mais si l'on veut caractériser le procédé dans toutes les espèces énumérées, il faut reconnaître qu'il ne suffit pas de dire, comme dans la première série d'exemples, qu'elle est le transfert pur et simple de la règle d'un cas prévu sur une

(1) Voir les espèces citées dans Planiol, *Droit civil*, t. I, n° 2136.

espèce restée en dehors des prévisions du législateur. L'identité de la raison juridique ne se dégage pas toujours d'elle-même. Et si on cherche la raison on la trouverait facilement. Lorsqu'il s'agit de solutionner un cas prévu par la loi, nous sommes en présence d'une situation pour laquelle la règle est établie avant qu'elle ne se produise et elle détermine le jugement que nous pourrions porter sur elle. C'est le cas normal dans la vie juridique. Un état de fait semblable tend dans l'appréciation humaine à susciter le même impératif. Mais comme le juge souvent ne le trouve pas immédiatement, il est amené à prendre en considération les intérêts en jeu, et le premier pas dans cette recherche, c'est l'appréciation de deux situations en tant que faits sociaux et leur importance pour nous. Constaté cela, c'est reconnaître que ce travail ne peut pas être une chose mécanique, par suite il est certain que la direction que prendra l'extension ne peut pas être déterminée par ce langage qu'on remonte aux principes de plus en plus larges qui planent au-dessus de la loi.

En constatant ce résultat, pourrions-nous dire que nous avons déjà des données suffisantes pour caractériser le procédé dans toute son étendue ? Nous avons hâte de reconnaître, qu'à côté de ces espèces qui montrent une certaine liberté dans l'appréciation, il y a un grand nombre de cas où cette liberté est encore plus accentuée, ce qui fait qu'il est impossible de déterminer d'avance quelle direction le raisonnement pourra et devra prendre. On se rend compte que, si on réunissait un grand nombre d'espèces où la loi est étendue, la perspective que nous offrirait le procédé pourrait être bien différente de cette image que nous nous en faisons habituellement.

Mais avant d'aller plus loin, nous devons relever un point, qui, si nous ne l'expliquons pas maintenant, pourrait être embarrassant par la suite.

A l'endroit où on rencontre l'analogie dans l'interprétation, la volonté privée des parties et l'élaboration du droit par le juge vont souvent de pair.

Le législateur ne peut pas tout régler et particulièrement il lui est impossible de prévoir toutes les relations juridiques qui naîtront dans ce domaine où l'initiative individuelle joue le plus grand rôle ; ce qui fait que, dans ce domaine, la loi écrite ne cherche le plus souvent qu'à exprimer, en des termes nets et concis, la volonté probable des parties. Celles de ses dispositions qui touchent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont seules revêtues d'un caractère obligatoire. Sauf cette réserve, la convention librement fondée constitue la loi des parties.

On est d'accord aussi qu'une certaine liberté d'appréciation doit être accordée au juge dans cette sphère du droit positif où la volonté des parties est exclue. Mais lui aussi en trouve la limite dans ce fait que, par son fonction, il s'engage à respecter le droit établi.

Dans les limites où cette liberté existe, quoique la loi souvent ne soit pas suffisante, elle garde toujours la valeur d'un raisonnement. C'est pourquoi, autant le procédé par analogie est indispensable au juge, en présence des lacunes qu'il a à combler tout seul, autant il est pour lui un instrument très utile, même dans le domaine où la volonté des parties privées, en réglant leurs rapports, ne voit que les conséquences principales de l'acte juridique, leur déclaration laissant des vides. Le juge, en présence des rouages très riches que lui offre la loi et qui enveloppent les institutions,

en même temps qu'il cherchera à découvrir l'intention probable des intéressés, il tâchera aussi d'apercevoir dans les institutions consacrées les mécanismes qui se rapprochent le plus du cas nouveau. Pour arriver à ce résultat, il se servira, nécessairement, de l'analogie. Dans ces espèces, le juge se borne, la plupart du temps, à consacrer les nouveaux rapports et à compléter la volonté des parties.

Mais le cas inverse n'est pas moins fréquent. Il arrive que, de la façon dont les parties entendent régler leurs intérêts, le texte n'offre pas une solution directe, ou plutôt il se prononce en sens contraire. Pour y remédier, on cherche à rédiger les actes de telle manière qu'on puisse tourner la loi à son avantage. Ce n'est pas une application directe du texte, mais, au moins, on s'évertue à rester dans la légalité. Dans cette hypothèse, la tâche qui incombe au juge consiste à justifier une pratique nécessaire et à donner une étendue plus grande aux principes consacrés par la loi et à les appliquer aux cas qui n'y entrent pas. Nous ne donnons que deux exemples.

Le contrat de coffre-fort. — Le contrat de coffre-fort, si fréquent dans la pratique, n'est pas réglé par la loi. Les difficultés que fait naître ce contrat, et qui nécessitent une solution, sont de préciser les droits de chacune des parties, de déterminer par quelle voie les valeurs enfermées dans un compartiment de coffre-fort, pourront être saisies par les créanciers. Le juge, pour donner à la nouvelle institution une assise légale, pouvait hésiter entre deux contrats réglementés par la loi : le dépôt et le louage. Après examen, il a trouvé qu'il donnerait plus de satisfac-

tion aux intentions des intéressés en le basant sur le louage. Les obligations qui pèsent sur les parties, en vertu de leurs conventions, cadrent parfaitement avec ce qui est prévu pour le louage. La maison de banque doit faire jouir d'une chose pendant un certain temps, l'un des contractants, moyennant un certain prix qu'il s'oblige à payer. Elle est tenue de délivrer à son client le coffre-fort désigné, de le conserver en état de servir à l'usage auquel il est assigné, et d'en faire jouir paisiblement celui à qui il a été délivré pendant le temps convenu, ce qui constitue les obligations que les articles 1719 et 1720 imposent au bailleur. A l'inverse, la personne qui loue un coffre-fort se soumet aux obligations que l'article 1725 considère comme deux obligations principales de tout locataire : user du coffre-fort en bon père de famille et payer le prix stipulé aux termes convenus. La nature du contrat étant ainsi déterminée, il faudra lui appliquer, dans la mesure où il en est susceptible, les articles 1713 et suivants. Il faudra admettre, en conséquence, que la location des compartiments de coffre-fort est parfaite, *solo consensu*; que, toutes les fois où le locataire est un non-commerçant, la preuve du contrat ne peut être faite à son égard que conformément aux articles 1715 et 1716; que la durée du bail, en l'absence de convention contraire, doit dépendre des usages. De même, la créance des loyers sera garantie, non point simplement par le droit de détention que l'article 1948 accorde au dépositaire, mais bien par le privilège de l'article 2102 (1).

(1) D., 1902, 2, 25, et la note de M. Valéry.

La dot mobilière (1). — Après bien des hésitations et sur les instances des pays de droit écrit, les rédacteurs du code civil admirent le régime dotal. Dans leur pensée, l'inaliénabilité en était la marque essentielle, elle ne pouvait être généralisée aux autres régimes et ne s'appliquait qu'aux immeubles.

Dès le début du siècle, on s'aperçut que les dispositions du code, interprétées à la lettre, ne pouvaient suffire à donner à la femme une garantie efficace, la dépréciation des immeubles et l'accroissement des valeurs mobilières imposaient la nécessité de rendre les meubles dotaux inaliénables. La pratique extra-judiciaire ne craignit pas de s'insurger, sinon contre les termes, du moins contre la pensée du législateur. Dans leur contrat de mariage, les futurs conjoints prirent l'habitude de frapper de dotalité les meubles de la femme. La jurisprudence ne tarda pas à sanctionner ces usages qui ne sont qu'une extension du principe consacré pour les immeubles dotaux aux valeurs mobilières. Dès 1819, la cour de cassation déclare « que le régime dotal n'a d'autre objet que d'assurer la dot en garantissant la femme de sa propre faiblesse pour l'empêcher de se ruiner et de réduire ainsi ses enfants à la misère ; ne pas admettre l'inaliénabilité mobilière serait, pour les femmes n'ayant que du mobilier, supprimer le régime dotal », ce qui serait contraire à l'article 1391 (2). Cette jurisprudence est depuis longtemps fixée.

(1) Sauzay, *Essais sur les procédés d'élaboration des droits employés par la jurisprudence française en droit civil*, 1904, p. 136-138.

(2) Cass., 1^{er} février 1819, S., 19, 1, 146.

III

En poursuivant ce parallélisme, on pourrait constater des choses fort intéressantes. Mais un exposé semblable nous entraînerait trop loin. Pour rester dans notre sujet, il suffit de dire qu'on a recours à l'analogie dans les deux sphères différentes du droit et que les raisons sont identiques. Nous n'avons plus à nous occuper quelle est la part du juge et celle des parties privées. On discute l'analogie dans ses rapports avec l'interprétation et sa signification dans l'ensemble des règles qui doivent guider le juge. Par conséquent, quelle que soit l'importance de l'initiative individuelle dans le développement du **droit en général**, au point de vue méthodologique, on n'a qu'à envisager un seul moment, celui où le juge donne la consécration aux institutions juridiques. Par suite l'analogie, en tant que procédé d'interprétation, ne nous intéresse qu'autant qu'elle est employée par lui.

Nous pouvons maintenant continuer la série d'exemples que nous avons interrompue. En cheminant ainsi, nous aboutissons aux hypothèses où l'analogie, tout en permettant d'englober le nouveau dans le vieux, se détache de plus en plus de la symétrie de la loi et étant isolée de sa source formelle, offre l'avantage de se mieux plier que la loi aux influences du temps et du milieu (1). Ce sont des cas où l'autorité du juge est décisive. Ce qui tombe sous les yeux, ce n'est pas à proprement parler le degré de similitude, c'est le degré de liberté que s'accorde le juge, tout en se servant d'elle.

(1) Gén^y, *op. cit.*, p. 502.

La séparation de corps. — Les rédacteurs du code n'avaient admis qu'à regret la séparation de corps et ils l'avaient conçue comme une situation transitoire, devant forcément aboutir au divorce ou à la réconciliation. Mais dans l'intervalle où le divorce fut supprimé, la jurisprudence était amenée à faire de la séparation de corps une institution autonome. Sous son action, les relations juridiques des époux séparés devinrent en grande partie les mêmes, que celles des époux divorcés. C'est ainsi qu'avant la loi de 1893, la jurisprudence admettait déjà que la femme séparée de corps était capable de se choisir un domicile et de le déplacer à son gré.

Quant à la garde des enfants, la jurisprudence se reconnaissait le droit d'ordonner toutes les mesures applicables en cas de divorce. La loi de 1886 n'est venue que pour confirmer cette interprétation extensive. La même loi (art. 307) déclare applicables à la séparation de corps, les articles 236 à 244, y compris l'article 240. Seulement l'article 240 ne vise que les mesures provisoires à prendre pendant l'instance. Le véritable siège de la matière sont les articles 302 et 303, qui n'ont pas été expressément déclarés applicables ; néanmoins la jurisprudence n'a jamais hésité à les étendre. La seule question qui a soulevé des difficultés, c'est l'extension de l'article 299, qui fait perdre à l'époux coupable, à la suite d'un divorce, tous les avantages matrimoniaux. La cour de cassation, dans un arrêt célèbre (1), trancha la question dans le sens de l'affirmative. La grave objection était le caractère pénal de cet article. Ce qui décida cette interprétation, c'est la tradition et un argument tiré *a fortiori* de l'ar-

(1) Cass., 25 mai 1845, D., 45, 1, 227, S., 45, 1, 351.

ticle 1518. Si la loi admet la perte du préciput, qui est une convention onéreuse plutôt qu'une libéralité, à plus forte raison doit-on enlever au coupable le bénéfice des donations qu'il a reçues.

Lorsque la dissolution de la communauté est la conséquence d'un divorce, le jugement remonte au jour de la demande, au moins quant à ses effets entre époux (art. 252, al. 5). C'est donc du jour de la demande que date la dissolution de la communauté. Il en est de même d'après une jurisprudence bien établie sur la séparation de corps (Cass. civ., 12 mai 1869, D. P., 69, 1, 270; Cass., 18 juin 1877, D. P., 77, 1, 445).

Le droit de retention. — Le code civil n'a pas réglementé le droit de retention comme formant une matière distincte et homogène, il ne le mentionne que dans quelques textes, pour en constater l'existence (art. 867, 1612, 1613, 1673, 1749, etc). Certains auteurs en conclurent qu'il ne peut être accordé que dans les hypothèses formellement prévues par la loi. Ce système repose sur l'idée qu'il s'agit ici d'un privilège et que c'est la loi seule qui peut les créer (1).

Dans une autre opinion, on ne s'arrête pas à cette objection. Dans bien des situations, les intérêts en question méritent la même protection que celle qui est accordée aux cas expressément prévus et si, dans certaines hypothèses, on peut parler de privilège, il n'en est pas toujours ainsi. Pour cette raison, la doctrine et la jurisprudence accordèrent le droit de retention assez largement. On a étendu cette solution au

(1) Merlin, *Répertoire* ; v° *Droit de retention*, n° 23; Laurent, *Principes du droit civil français*, t. XXXIX, n° 28.

mandataire ou gérant d'affaires, au commodataire, à l'ouvrier ou au fabricant chargé d'un travail, à l'usufruitier, au mari qui restitue la dot, au possesseur de bonne foi, à l'héritier apparent, au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.

Où la difficulté apparaît, c'est quand il s'agit de déterminer, devant tout ce groupe de rapports qui demandent la même protection, l'idée à laquelle obéit l'ensemble, afin de savoir quelles sont les hypothèses où s'arrête ce droit. Dans une opinion, on demande que la possession de la chose par le détenteur s'explique par l'existence antérieure d'un rapport contractuel entre les parties. Dans toutes les hypothèses où la loi concède le droit de retention, on peut constater l'existence d'un rapport de ce genre, et dans cette opinion on admet l'extension des textes, pourvu qu'on s'arrête à ce trait général. Au delà de cette limite, il faut la refuser. C'est ainsi que ces auteurs écartent l'hypothèse du constructeur sur le terrain d'autrui (art. 555), ils lui refusent le droit de retention pour les impenses faites sur les immeubles revendiqués, puisqu'il n'existe aucun rapport obligatoire entre le possesseur et le revendiquant.

Pour élargir les cadres de l'institution et afin d'admettre un plus grand nombre de cas, comme méritant la même protection, on dira dans une autre opinion : il doit y avoir corrélation entre la chose retenue et la créance réclamée ; l'adage *debitum cum re junctum* suffit. Par ce moyen on arriva à établir une règle qui avait déjà été formulée dans l'ancien droit, et c'est cette opinion qu'accepte en principe la jurisprudence.

Une fois qu'on est engagé dans cette voie, et du moment que ce sont les hypothèses pratiques et les intérêts en jeu

qui déterminent l'extension, on est en droit de se demander si on ne peut adopter l'idée que, dans tout rapport synallagmatique, chacune des deux parties ne peut exiger la prestation qui lui est due, que si elle offre elle-même d'exécuter son obligation. Nulle part, dans les lois, on ne fait allusion à l'exception « *non adimpleti contractus* ». Elle existe cependant, d'une manière très certaine, et on peut la tirer par un argument *a fortiori* de l'article 1184, qui établit le droit de résolution. Or, si j'ai le droit de répéter ce que j'ai déjà livré au cas où l'autre partie n'exécute pas sa promesse, à plus forte raison ai-je le droit de refuser de remplir mon obligation, et c'est sur ce droit qu'est fondé le droit de retention (1).

La preuve du droit de propriété. — Dans la loi on ne trouve aucune disposition concernant la preuve de la propriété, et dans le système français, en théorie pure, cette preuve directe est presque impossible. Il ne suffit pas de produire le titre, si on en possède un ; celui-ci prouve seulement l'acte juridique, ce qui n'est pas la preuve du fait matériel de la propriété. Il faudrait en outre établir que l'auteur immédiat était aussi propriétaire ; mais comme la même difficulté recommence, par rapport à celui-ci, on devrait remonter jusqu'au moment où l'on rencontrerait un mode d'acquisition originaire.

Cette preuve est possible seulement dans les pays où existent les livres fonciers et lorsque le propriétaire établit que la chose est inscrite à son nom dans le registre foncier. Le droit français se rattache au droit romain et le seul moyen pleinement efficace est d'établir que, par lui-

(1) Planiol, *Droit civil*, t. II, n° 2514-2536

même ou par ses auteurs, il a possédé, en fait, la chose revendiquée pendant le temps requis pour la prescription. Ainsi, cette dernière, en même temps qu'elle est un mode d'acquisition originaire, joue le rôle de présomption légale, de caractère absolu, qui ne pourrait être combattu par la preuve contraire.

Mais si la prescription fait défaut, comme la preuve directe est impossible, on se demande si la preuve de la propriété ne peut être faite à l'aide d'autres présomptions, dont l'appréciation serait laissée au juge, par exemple : les titres produits, certains faits de jouissance allégués, l'état des lieux, le paiement d'impôts, les indications cadastrales. Pendant longtemps, on se tenait dans la doctrine à ce qui résultait directement du texte. La prescription est le seul moyen de preuve. C'est le seul cas prévu par la loi et elle en fait une présomption légale. Toute autre présomption devrait être écartée, à défaut d'une prescription accomplie, car les autres présomptions ne sont que les présomptions de l'homme, et c'est l'article 1353 qui empêche d'en faire usage, puisqu'il ne permet de les utiliser que dans les limites de la preuve testimoniale au-dessous de 150 francs.

Les impérieuses nécessités pratiques ont fait pencher la jurisprudence et la doctrine vers la solution opposée. Sans entrer dans la discussion d'opinions émises sur ce sujet, voici la théorie à laquelle se sont arrêtés la jurisprudence et la plupart des auteurs. Le demandeur peut invoquer à l'appui de son droit de propriété, non seulement la présomption légale, tirée de la prescription, mais aussi des présomptions de l'homme ou ce qui revient au même, quand la preuve d'une prescription accomplie n'est pas fournie, le demandeur triomphe lorsqu'il justifie de faits qui ne sont

peut-être pas suffisants pour la prescription, mais lui sont assimilables dans ce sens que, s'ils ne fournissent pas une présomption irréfragable, ils permettent au juge de décider quel est le droit meilleur et le plus probable (1).

Personnalité des sociétés civiles. — Pendant longtemps, on considérait qu'il est impossible d'accorder la personnalité à la société civile. Comme elle n'a ni vie propre, ni manifestation au regard des tiers, mais forme un simple contrat, donnant lieu à des rapports de compte entre ceux qui l'ont conclue, les engagements d'une société civile ne peuvent pas être considérés comme les dettes d'une société civile, mais comme les dettes conjointes de codébiteurs qui s'obligent simultanément. De là, de grands inconvénients. Particulièrement, le créancier était obligé de diviser sa poursuite ; il ne pouvait obtenir de chacun de ses débiteurs qu'une fraction de sa créance avec le risque d'insolvabilité, résultant de la déconfiture de l'un ou de plusieurs d'entre eux ; ensuite chaque associé, quoiqu'il ne dût qu'une fraction virile du passif, était tenu dans cette limite sur tous ses biens.

Aucun argument décisif ne pouvait être invoqué pour reconnaître la personnalité aux sociétés civiles régies par le code civil.

Après des hésitations, la cour de cassation a fait cette assimilation par un arrêt du 23 février 1891, dont les décisions postérieures ont reproduit la substance. Elle a été amenée à cette solution par les très grands avantages que la personnalité des sociétés présente au point de vue de leur crédit, en permettant aux créanciers de la société de se

(1) Chauveau et Baudry-Lacantinerie, *Traité des biens*, 1896, 175-185.

faire payer sur les biens sociaux à l'exclusion des créanciers personnels (1).

Liquidation. — Lorsqu'une société commerciale est dissoute logiquement parlant, il ne peut plus être question d'une personne juridique au nom de laquelle on pourrait passer des actes valables. Mais quand on se place au point de vue pratique, il en est autrement, cette période que la société traverse, de la dissolution jusqu'à la distribution du solde disponible aux associés et à l'épurement définitif des comptes, est de durée variable. Les intérêts multiples exigent que, même pendant ce temps, la société soit considérée encore comme si elle existait. Pour cette raison, dans la pratique, à la place des associés, on met un liquidateur qui se charge des opérations nécessaires. Mais quels sont ses droits ? Faute de texte, on ne trouve aucune base directe dans la loi. Il ne peut pas être assimilé au gérant, parce que le gérant exploite, tandis que le liquidateur doit réaliser. Tout au plus découvre-t-on un point de comparaison en matière de faillite et d'acceptation bénéficiaire des successions. Ici et là, on a établi un régime de liquidation. Ce régime est inspiré, sans doute, par d'autres causes. Mais ne pourrait-on se servir de ces exemples et dire par voie d'analogie : le liquidateur peut accomplir toutes les opérations que la loi permet à ces deux agents, sans exiger une autorisation spéciale. Au contraire, ceux des actes auxquels un héritier ou un syndic d'union ne pourrait procéder que moyennant une autorisation complémentaire, ne pourront être entrepris par le liquidateur que sous cette même con-

(1) Lyon-Caen, *Le code civil, Livre du centenaire*, 1904, p. 211.

dition d'autorisation, seulement l'autorisation émanera invariablement ici de tous les associés.

En principe, pourrait-on dire, le liquidateur représente uniquement la société et non les créanciers, mais pour accorder la satisfaction à tous les intérêts en cause, ne pourrait-on s'inspirer des principes de la faillite et donner à l'institution une base encore plus large ? C'est ce qu'on a fait. Quoique la nomination d'un liquidateur soit l'affaire des associés ou du tribunal, quand il agit d'office, on admet qu'un créancier peut saisir la justice d'une demande tendant à nommer un liquidateur au cas où les associés s'abstiendraient de le faire. Il pourrait y recourir aussi lorsque le liquidateur a réparti l'actif sans avoir préalablement payé les dettes, et agir contre lui en dommages-intérêts comme s'il était leur représentant. Et c'est en acceptant ce principe, qu'un usage courant s'est introduit dans certains endroits, d'après lequel le liquidateur invite les créanciers tant individuellement, qu'au moyen d'un avis inséré dans les journaux, à se faire connaître dans un certain délai. Une fois qu'ils auraient répondu aux convocations du liquidateur, leur intention implicite permettrait de les considérer comme ayant confié désormais à celui-ci le pouvoir de les représenter vis-à-vis de la société. Le liquidateur effectuera des répartitions au marc le franc, il réservera le dividende des créanciers contestés, il obligera les retardataires à reconnaître les distributions déjà faites, tout en les admettant à prélever sur celles qui restent à faire, l'équivalent du premier dividende qui leur a échappé ; il rendra des comptes à la fin de la liquidation. Et à ces divers égards, c'est la législation des faillites qui a servi de modèle (1).

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1910, nos 440-467.

Les assurances sur la vie (1). — En établissant l'article 1121, le législateur de 1804 ne pensait certainement pas aux assurances sur la vie. Les rédacteurs du code, en se conformant à la tradition, les considéraient comme un contrat qui impliquait l'idée de jeu, de pari, de *votum mortis*. Portalis, dans l'exposé de la vente, déclare que l'homme est hors de prix, sa vie ne saurait être un objet de commerce ; pour lui, les assurances sur la vie sont des pactes odieux où la cupidité, qui spéculé sur les jours d'un citoyen, est souvent voisiné du crime qui peut les abréger.

C'est seulement sous la Restauration, qu'on commence à favoriser les assurances, et à voir en elles un acte de prévoyance. C'est ainsi que le Conseil d'Etat, en date du 28 mars 1818, se prononce en faveur de la « Compagnie d'Assurances Générales », et constate que ce contrat mérite d'être encouragé. Les tribunaux de leur côté n'ont pas tardé à se prononcer en sa faveur et à trouver que l'assurance faite au profit d'un tiers bénéficiaire, n'a rien d'illicite ; que l'intérêt que ce tiers peut avoir à la mort du stipulant se rencontre dans d'autres contrats. C'est ainsi que la cour de Limoges considère que l'assurance sur la vie est un contrat aléatoire, de la nature de ceux dont parlent les articles 1104 et 1964 du code civil. La proscrire, serait proscrire aussi les rentes viagères, les usufruits. A la différence du jeu et du pari qui n'offrent d'avantages que pour une seule partie, ici, les deux parties ont chacune un intérêt distinct (2). Le 2 juin 1863, devant la cour de Lyon, l'avocat

(1) Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence*, 1904.

(2) S., 57, 2, 182.

général M. Onofrio, rapproche l'assurance de la constitution de rente viagère au profit d'un tiers permise par l'article 1973. L'une comporte un acte à titre onéreux, et l'autre une libéralité, mais les deux sont également licites (1).

Mais cette interprétation soulevait une difficulté résultant des articles 1119 et 1121. Le premier de ces textes prohibe, en principe, les stipulations pour autrui, et à cette prohibition l'article 1121 n'apporte que deux exceptions.

Un contrat d'assurance rentre-t-il dans l'un de ces cas exceptionnels ? Si l'on interprète rigoureusement ces deux textes, et si l'on considère le second comme apportant deux exceptions limitatives à la prohibition établie par le premier, la validité de l'assurance au profit d'un tiers devient très douteuse, les conditions exigées par l'article 1121 ne se trouvent pas remplies par ce contrat, puisqu'il n'y a ni donation faite à la Compagnie, ni stipulation au profit du souscripteur de l'assurance.

Mais ces considérations n'ont jamais gêné la jurisprudence, et au lieu de s'arrêter devant l'objection, elle a poussé l'extension de l'article 1121 à tel point qu'aujourd'hui on pourrait presque dire que la règle formulée dans l'article 1120 n'existe plus. C'est ainsi qu'en dehors des assurances, ce texte a servi à légitimer et vivifier les cessions de dettes, les fondations, les contrats d'utilité publique.

Et on s'explique facilement comment cet état de choses pouvait se produire. La règle que contient l'article 1121, a pour point de départ la règle romaine : *Nemo alteri stipulari potest*, le contrat fait par une personne ne pouvait faire acquérir l'action à une autre. Mais les jurisconsultes

(1) D., 63, 2, 119.

et les institutions impériales tempèrent le principe. C'est un palliatif d'abord : on mentionne dans le contrat, un *adjectus solutione* qui avait qualité pour recevoir le paiement, sans obtenir le droit d'exercer l'action née du contrat. Ensuite, à l'aide des actions utiles, on introduit des exceptions véritables, l'une pour les donations *sub modo*, l'autre pour la restitution de la dot ; le tiers désigné comme bénéficiaire du *modus*, ou comme devant recevoir la dot, à défaut du constituant, avait le droit d'agir en justice. Dans l'ancienne France, on applique le même principe, quand le créancier, en stipulant pour lui-même, désigne un tiers pour le paiement. Ce tiers aura comme lui le droit d'agir.

Les articles 1120 et 1121 ne sont que la reproduction de ces idées. En principe, on ne peut pas stipuler pour autrui, néanmoins, la convention est valable lorsque telle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même ou d'une donation qu'on fait à un autre.

Mais malgré cette restriction, la jurisprudence a validé la stipulation pour autrui dans deux cas encore : lorsqu'elle est la condition d'une dation que le stipulant fait au promettant, à un autre titre que celle de donation. En effet, il n'y a aucune raison pour distinguer entre la donation proprement dite et la dation non gratuite. D'ailleurs, la loi elle-même ne fait pas cette distinction. D'après l'article 1973, une personne peut remettre un capital à une autre, en stipulant, comme condition de cette dation, une rente viagère au profit d'un tiers. Or, le capital ne représente pas une libéralité pour la personne qui s'engage à servir la rente. Mais une fois arrivé là, nous devons admettre que la dation elle-même n'est pas nécessaire, et qu'une simple promesse suffit. C'était le droit romain qui faisait dépendre la force obligatoire

d'une convention synallagmatique du fait de son exécution par l'une des parties, c'est par ce moyen qu'il a développé la théorie des contrats innomés qui se forment *re* ; mais dans une législation où règne le principe de l'engagement par le seul consentement, la simple promesse de faire ou de donner doit avoir la même valeur pour former un contrat que la dation effectuée (1).

Quand on entend l'article 1121 de façon aussi large, il va de soi que les assurances vont y entrer. Sûrement il n'y a là, ni donation faite à la compagnie, ni stipulation au bénéfice du possesseur de la police, mais elles représentent les actes par lesquels on cherche à se garantir des préjudices possibles dans ses affections ou dans l'universalité de son patrimoine par un trop prompt décès, et comme telles, elles rentrent dans le cas de l'article 1121 et offrent le caractère d'une stipulation pour autrui licite.

La réserve des collatéraux. — Le code n'admet la réserve héréditaire que pour les héritiers en ligne directe. Pendant son élaboration, on proposa d'accorder une réserve tout au moins aux frères et sœurs. On a objecté que le lien de parenté n'est pas assez fort : les parents collatéraux, même au degré le plus proche, ne se doivent pas la vie. Par suite, elle ne fut accordée qu'aux héritiers en ligne directe.

Dans un cas spécial, la pratique administrative est parvenue, malgré la restriction formelle de la loi, à étendre la réserve aux collatéraux. Quand des libéralités sont faites à des établissements publics ou privés, l'administration qui est appelée à en autoriser l'acceptation reçoit souvent les plaintes

(1) Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 1230.

des parents qui se voient dépouillés au profit de communes ou d'établissements peut-être déjà riches, alors qu'eux-mêmes sont plus ou moins misérables. On tient grand compte de leurs intérêts et quand leurs réclamations ne décident pas le gouvernement à refuser son autorisation, elles amènent souvent une réduction. En partie, comme on voit, ce système aboutit à rendre indisponible, au profit des établissements publics, une part de la succession, et cette part est ainsi réservée à des collatéraux. Celle-ci n'est plus absolue comme l'autre, mais seulement relative et dépend de la qualité du légataire ou donataire (1).

Quand on regarde le chemin parcouru, nous sommes bien loin de ces hypothèses où l'analogie est la conséquence directe de la loi. Et une constatation se dégage nettement. Plus on veut multiplier les exemples, plus on remarque que l'empire du texte et des conceptions qui en résultent directement se font de moins en moins sentir ; à côté de cas où on n'a qu'à reproduire purement et simplement l'idée contenue dans la loi, il y a un nombre infini d'hypothèses où l'enchaînement rigoureux cède la place à une appréciation plus circonstancielle. Et, si nous voulons expliquer le mécanisme de l'analogie, surtout si nous voulons marquer la distance, qui sépare les hypothèses citées en dernier lieu du cas simple, nous sommes obligés de voir dans son mécanisme autre chose que n'y voient M. Géný et les auteurs qui traitent l'analogie de la même manière que lui. Certes, nous n'avons rien à reprendre à cette conception, en tant qu'on veut voir dans les hypothèses énu-

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 3076.

mérées de véritables créations de la jurisprudence. Mais, comme nous l'avons exposé au début, il y a aussi l'autre face du problème. L'analogie, tout en permettant la création du droit, est, en même temps, le prolongement de la loi, et pour mettre en évidence cette idée, on dit dans cette théorie que l'analogie induit toujours des solutions particulières le principe intime qui les explique, pour chercher ensuite les conditions du même principe dans d'autres hypothèses, de sorte qu'en allant du cas simple vers les hypothèses très larges, il n'y aurait que des degrés différents ; mais le procédé reste le même, il est toujours déductif. Or, si on regarde ce qui se passe dans la pratique, il y aurait souvent lieu de voir dans l'analogie un instrument, qui est le contraire de la déduction, et quoiqu'on puisse dire que le procédé dans son essence, reste le même et, d'après sa définition, devrait donner une suite continue à nos pensées, quand on observe l'emploi de l'analogie, tel qu'il se déroule effectivement dans cette perspective où elle s'élargit de plus en plus, il y a quelque chose qui est l'opposé de ce que représente son usage habituel. La constatation qu'on peut faire, c'est que les idées qui rattachent les différents cas à un même ensemble et qui pourraient suffire à un moment donné, restent souvent à court. Les nouvelles situations, si elles dénotent une ressemblance avec les cas prévus, en diffèrent aussi ; la difficulté est dans les faits eux-mêmes. Les circonstances particulières peuvent se trouver réunies dans les espèces pratiques et produire un vide plus senti. Certes, comme ces situations sont sorties de la même vie sociale que la loi, quoiqu'on ne trouve pas le cadre tout fait, il n'est pas possible de les juger comme appartenant au même ensemble, si on ne les lie pas avec d'autres cas

tout au moins similaires. Mais avec des cas semblables, on est à la limite de la loi, nous touchons à ses confins. Par suite, en puisant dans la loi, on ne peut pas viser une symétrie pour elle-même, mais en établissant une attache, on évite le danger de perdre le contact avec le droit positif, et pour justifier la solution, nous sommes obligés d'étayer nos considérations sur une base plus large, en faisant ressortir de la nouvelle situation elle-même, ce qui fait que nous pouvons la rapprocher d'un cas prévu. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un cas qui paraît n'avoir pas été réglé par la loi, quoique nous trouvons souvent la solution en suivant le plan logique de la loi, puisqu'un cas resté en dehors des prévisions du législateur peut contenir un élément propre, le jurisconsulte ne peut pas avoir constamment devant les yeux la possibilité d'embrasser dans un ensemble unique tout le droit, et en partant de la loi, donner un plan uniforme pour tous les cas. Souvent, le juge avant de s'adresser à la loi, doit envisager le but qui préside aux nouveaux rapports et ayant trouvé qu'il n'est pas entré dans les prévisions du législateur, il a besoin d'arrêter les généralisations hâtives qu'il établirait à l'aide de la loi, d'oublier en quelque sorte l'acquit et, après avoir marqué l'arrêt, se placer directement devant les choses. Pendant quelques instants, il faut ôter à nos idées qui sortent de la loi leur force expansive, car autant qu'on les fait parler seules, elles se prolongent indéfiniment et on n'a pas besoin de comprendre et de connaître autre chose. Ici, il s'agit d'évaluer et d'apprécier ; cela ne serait pas possible si nous avions des idées fixées. Nous ne jugeons plus seulement pour systématiser et pour dégager les conséquences des principes établis. Comme le

législateur se trouve en défaut, on se substitue à lui et, pour le faire, il est nécessaire de travailler avec les données qu'il utilise en élaborant une loi. En d'autres termes, ce qui caractérise l'analogie dans la plupart des cas, ou, pour mieux dire, ce qui caractérise les hypothèses où son application nous intéresse à ce moment et dans lesquels elle se détache avec plus de netteté, ce n'est pas la réduction du nouveau cas aux catégories et à la symétrie légales ; au contraire, c'est l'expansion d'une idée qui s'est fait jour sur un point particulier, prise pour ainsi dire isolément.

Les similitudes, tout en restant la base de l'élaboration, parce que l'originalité du cas qu'on envisage est plus accentuée, ce qui constitue le trait général de rapports juridiques réglés par la loi, peut se trouver comme amorti ; il y a un nouveau cadre en train de se faire. Les cas particuliers prennent de l'importance en eux-mêmes sans les liens qui les attachent les uns aux autres. On envisage les similitudes sous leur aspect actuel, immédiat, dans les espèces concrètes et d'après les idées du milieu qui nous entoure. Et comme il peut y avoir un déplacement du milieu dans lequel on discute, alors le texte de la loi et les hypothèses prévues ne sont souvent que les cas particuliers qui deviennent l'occasion pour chercher ce qu'il y a de commun entre eux. La formule et les motifs qui les accompagnent ne sont plus toute la raison des institutions qui épuiseraient, en quelque sorte, les nouvelles appréciations. Au contraire, elles deviennent les idées concrètes d'un ensemble plus vaste et, comme telles, elles servent seulement de terme de comparaison. Mais là où il y a la comparaison entre deux cas particuliers, l'espèce qui présente des difficultés restera toujours un cas nouveau plus ou moins différent du cas type

qui figure dans la loi ; ce qui signifie la possibilité de prendre une attitude indépendante vis-à-vis de ce qui existe déjà, et que les ressemblances en vertu desquelles on a inféré d'autres ne peuvent pas être considérées comme étant déjà liées aux premières, en vertu d'une nécessité imminente. Autrement dit, avec le raisonnement par analogie, on n'infère pas des conditions identiques ou la conditionnée identique, ce qui nous forcerait de ne jamais sortir des catégories légales et de n'admettre l'application analogique que pour les cas qui cadrent exactement avec ces conceptions (1). Au contraire, énoncer l'analogie, c'est énoncer la possibilité de certaine indépendance, c'est énoncer que les deux cas, quoique pouvant être régis par le même principe, il n'est pas dans la nécessité des choses de ramener le nouveau cas aux termes abstraits de la conception qui embrasse la première hypothèse. En un mot, l'analogie est souvent l'opposé du principe qui sort directement de la loi. En l'appliquant, ce qu'on suppose fréquemment, ce n'est pas l'existence des effets inaperçus et cachés des idées qui planent au-dessus de la loi, mais la possibilité d'établir un principe général, en partant d'un cas isolé.

Le juge procède en quelque sorte comme le législateur. Celui-ci crée le droit, mais tout en le créant, il ne se prive jamais d'une vue sur le droit qui existe. Il tâche toujours de le mettre en harmonie avec les institutions existantes, en le liant dans un ensemble homogène, mais ce qui est prépondérant pour lui, ce sont les situations mêmes qui sont à régler. Il ne peut les détacher de l'ensemble de la législation, mais

(1) Hamelin, *Du raisonnement par l'analogie*, *Année philosophique*, 1902, p. 22.

en même temps, elles portent plus ou moins leur marque propre que commandent les intérêts en jeu, ou, pour mieux préciser, autant qu'il s'agit d'établir une nouvelle règle, il y a toujours lieu de dire : que là où est la question de fait est aussi la question de droit. Il est, en effet, impossible d'unir et de lier les faits seuls, de façon à former des objets de pensée ; de même une question de droit qu'on n'envisagerait qu'à elle seule, ne serait qu'une abstraction vide, et si on détache la situation de fait de sa valeur juridique, il peut y rester une réalité qu'on observerait à un autre titre, en tout cas le cadre juridique serait sans contenu. Autrement dit, le législateur, pour établir une règle, est forcé, avant tout, de s'appuyer sur les considérations qu'il tire des situations elles-mêmes pour formuler ensuite les préceptes de la loi, de sorte que ce qui apparaît dans l'impératif comme une question de fait et la question de droit, ne vient qu'en dernier lieu.

Il en est de même lorsque le juge recourt à l'analogie. Au moment où nous nous emparons de la règle formulée en lui attribuant une portée non plus seulement spécifique, mais générique, ce qui est important, c'est que nous ne comparons pas les deux situations comme telles et en dehors de certaines idées, mais leur importance pour l'homme ; c'est dans l'appréciation humaine que la nouvelle situation s'approche de l'autre. C'est nous qui lui imprimons la marque d'après la portée économique et sociale qu'elle a pour nous. Mais envisager les faits, cela veut dire les interpréter sous un angle spécial, comme ayant au point de vue de la réglementation et au point de vue de droit une importance particulière, que l'appréciation que nous en faisons influe sur la solution. Ainsi nous sommes amenés à dire, qu'en même temps qu'on s'évertue de constater des ressemblances, et de faire des

rapprochements, les situations sont d'ores et déjà juridiques, que l'application analogique ne peut venir que comme suite et résultat. Mais à ce moment-là, il y a déjà un travail fait, un travail qui, dans une certaine mesure, conditionne ce qui viendra dans la suite, et l'effet que vont produire ces situations ne dépend pas uniquement des rapprochements qu'on pourrait faire entre elles et celles prévues par la loi. Dès le moment que se sont posés les problèmes, les situations qu'on doit régler ont déjà une importance juridique qui se dégage d'elles-mêmes. Un fait non prévu peut avoir et a toujours dans une certaine mesure, sa valeur propre.

Cela veut-il dire que l'application de l'analogie nous mène à un pouvoir illimité du juge ? Nullement. Ce qui vient d'être constaté signifie seulement que, puisqu'elle est étroitement liée avec les intérêts en cause, et que c'est nous qui devons les apprécier, autant elle dépendra des principes établis par la loi, autant elle sera ce que nous sommes nous-mêmes. Sans savoir dans quel sens elle sera employée, elle dépendra de la conception que nous nous faisons, ou plutôt que se fait la société de la justice en général.

Mais s'il en est ainsi, si pour l'analogie en principe on peut dire que là où est la question de fait, est aussi la question de droit, alors il devient certain que l'emploi de notre procédé ne se produira pas seulement aux endroits où il y a des lacunes visiblement laissées par le législateur ; ce sera le cas le plus fréquent, mais puisque le législateur lui-même, en établissant une règle, ne peut pas séparer ces deux éléments, et que le juge, de par sa raison, est forcé de procéder comme lui, il arrivera souvent que l'analogie qu'il emploiera lui servira autant pour combler des lacunes notoires que pour détacher une situation juridique du texte

qui paraît l'englober et la rattacher à un autre ordre d'idées. C'est pourquoi nous remarquons justement, quoique l'application de la loi, telle qu'elle est, représente toujours le cas normal, qu'il y a un grand nombre d'hypothèses qui nous font voir l'analogie travailler en dedans du texte.

Pour aller plus avant dans le mécanisme du procédé, nous donnerons quelques exemples.

Pension alimentaire en matière de séparation de corps. — Lorsque les époux sont séparés de corps, il n'y a plus de confusion de revenus qui caractérise le régime de la communauté, ni de quote-part de la femme séparée de biens et de la femme dotale qu'elle doit verser au mari en vertu des articles 1448, 1537 et 1575. Chacun devrait vivre avec ses revenus personnels. Mais si les revenus de l'un des époux ne suffisent pas pour subvenir à tous les besoins, comme le mariage n'est pas encore dissout, le devoir de secours prévu par l'article 212 existe toujours. Dans ce cas, l'autre époux est obligé de lui servir une pension.

Si on voulait se conformer à la loi, il n'y aurait pas d'autre texte légal qu'on devrait faire intervenir pour résoudre la question. Mais pour la jurisprudence, à côté de cette disposition, il y a aussi l'article 301 concernant la pension alimentaire en cas de divorce, qui devait être appliqué en même temps, tout au moins quand la pension est demandée par l'époux contre lequel la séparation n'a pas été prononcée. Les tribunaux, en faisant cette extension, ont introduit dans la question une idée bien différente de celle qui résulte du texte. La créance qui découle pour les époux de l'article 212 est alimentaire, prend sa source dans le devoir d'assistance ; celle réglementée par l'article 301 est

alimentaire aussi, mais prend sa source dans une obligation d'indemnité. Cette dernière disposition est une application spéciale de l'article 1382 qui oblige à la réparation de toute faute, une appropriation de cet article à la situation particulière des personnes unies par le mariage.

Ce qui a amené le juge à appliquer les deux articles simultanément, c'est sûrement cette considération qu'entre la séparation de corps et le divorce, la différence n'est pas bien grande et si, dans un cas, la pension accordée peut être fondée sur la faute imputable à l'un des époux, il en peut être de même dans l'autre.

Les conséquences qui en résultent sont importantes. Lorsque la pension est accordée en vertu de l'article 212, la somme allouée dépend uniquement des besoins de l'époux nécessiteux, et s'éteint avec la mort de l'un des deux conjoints. Quand elle est accordée en vertu de l'article 301, elle se mesure d'après le dommage causé, ne pouvant seulement dépasser le tiers du revenu de l'époux coupable. Après la conversion de la séparation de corps en divorce, l'époux, en faveur de qui le divorce a été prononcé, n'a pas besoin de renouveler sa demande ; l'obligation alimentaire ayant un fondement dans le caractère indemnitaire si l'époux coupable meurt, l'obligation est transmissible aux héritiers ; pour la même raison, elle ne s'éteint pas par la faillite de l'époux débiteur, c'est une créance susceptible d'exécution sur les biens du débiteur au même titre que les autres créances, et, comme elles, soumise à la loi commune du dividende.

L'assurance sur la vie et la communauté. — Le régime matrimonial des époux est celui de la communauté légale.

Le mari pour assurer la vie à sa femme stipule, au profit de celle-ci, une assurance sur la vie. La clause de réalisation n'est pas inscrite. En passant le contrat, le mari, certainement, a l'intention que le capital assuré tombe intégralement et sans charges dans le patrimoine de sa femme.

Si on appliquait directement les règles concernant la communauté, comme celle-ci comprend tous les meubles des époux acquis avant ou après le mariage, à titre gratuit, ou à titre onéreux, la conséquence rigoureuse serait que la femme n'aura aucun droit au capital assuré, si elle renonce à la communauté; elle ne recueillera que la moitié en cas d'acceptation et les créanciers de la communauté pourront mettre la main sur cette valeur. En un mot, la situation serait la même que si l'assurance avait été contractée par le mari à son profit personnel. De cette façon, on aurait empêché l'adaptation des assurances aux besoins et aux légitimes prétentions des époux.

Pour éluder ce résultat on a d'abord dit que le bénéfice de l'assurance ne tombe pas dans la communauté, parce que la femme acquiert le capital seulement au décès du mari, au moment où la communauté est dissoute. Dans la suite, on a reconnu que cette conception est inexacte. Le capital assuré n'est dû qu'au décès du stipulant, mais il n'en est pas moins vrai que le contrat d'assurance engendre immédiatement une créance contre l'assureur; l'exigibilité de cette créance est sans doute différée au décès du stipulant, mais cela n'empêche pas cette créance de se former et de prendre naissance lors du contrat.

On a cherché autre chose et on a trouvé la base dans deux dispositions du code civil. D'après l'article 1422, le mari, pourvu qu'il ne se réserve pas l'usufruit, peut disposer, à

titre gratuit, du mobilier de la communauté. D'autre part, l'article 1401 permet au donateur de décider que les meubles ne tomberont pas dans la communauté. Il n'y a qu'à combiner ces deux articles et à sous-entendre la clause d'exclusion sans laquelle la donation ne servirait à rien.

Certes, on peut objecter à cette interprétation qu'en appliquant l'article 1422, elle nous amène à considérer le droit au capital assuré comme ayant figuré dans la communauté, puisque ce sont les valeurs prises dans la communauté qui permettent au mari de passer le contrat d'assurance.

D'autre part, en se servant de l'article 1401, on oublie que, d'après cette disposition, la réserve en propre ne peut s'appliquer qu'aux meubles donnés et ne s'effectuer que par la volonté du donateur. Or, tout le travail de la doctrine et de la jurisprudence a eu précisément pour objet d'établir que le tiers bénéficiaire n'est pas donataire du capital assuré. S'il y a une donation à son profit, elle ne peut porter que sur les primes.

L'objection serait décisive si nous étions condamnés à nous cantonner rigoureusement dans la lettre de l'article 1401. Mais est-ce une trop grande hardiesse que de dégager de l'espèce particulière qui y est prévue une pensée plus large et que l'on pourrait formuler ainsi? Lorsqu'une personne, au moyen de sacrifices par elle consentis (les primes, en l'espèce), fait acquérir gratuitement à l'un des époux un bien mobilier, elle peut valablement manifester la volonté que ce bien lui reste propre, au lieu de tomber dans la communauté. Si l'on admet cette interprétation extensive de l'article 1401, on sera amené à conclure que le mari, en stipulant une assurance sur la vie au profit de sa femme, a pu lui en réserver le bénéfice comme propre et

cette intention pourra être établie au moyen de prescriptions de fait tirées des circonstances (1).

La recherche de la maternité naturelle. — Le code défend la recherche de la paternité, et n'autorise celle de la maternité que sous les conditions strictement déterminées par l'article 341. L'enfant ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. Seulement, comme la loi à cet endroit n'a rien dit de particulier sur la preuve, la jurisprudence et la doctrine pendant longtemps ont décidé qu'elle devait être faite d'après le droit commun — article 1347 et que par conséquent il fallait présenter un écrit provenant de la fille-mère. L'article 324 qui règle la même question en matière de maternité légitime et admet comme commencement de preuve par écrit les titres de famille, les registres et papiers domestiques ou écrits émanant d'un parti quelconque, engagé dans la contestation, ne saurait être appliqué ici. Mais, depuis quelques années, la jurisprudence s'est départie de cette opinion rigoureuse qui aboutissait à rendre l'enquête impossible dans les hypothèses très fréquentes où la mère est entièrement ou à peu près illettrée, et applique l'article 314 par voie d'analogie.

La paternité naturelle. — Dans l'ancien régime, la fille en état de grossesse avait le privilège de dénoncer l'auteur et d'être cru sur parole. *Virgini prægianti creditur*. Mais il n'était pas suffisant que l'homme fût déclaré immédiatement le père de l'enfant. Cette déclaration le forçait seulement à

(1) Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence*, 1904, p. 48-53.

pourvoir de suite aux frais de la fille. Le procès concernant la paternité même venait dans la suite. La Convention, dans le but d'établir l'égalité parfaite et de respecter une loi de la nature, assimila les enfants naturels aux enfants légitimes. Mais pour éviter les scandales, elle supprima la recherche de la paternité. Le code civil a adopté cette dernière règle ; par conséquent, l'article 340 n'est pas un nouveau principe qu'on aurait établi en 1804, mais la reproduction d'une règle consacrée pendant la Révolution.

On s'explique ce qui a amené le législateur à l'adopter. Si on admettait la preuve dans cette matière, l'opinion du juge ne pourrait jamais être fondée que sur de simples présomptions. Ensuite, en autorisant la recherche de la paternité naturelle, n'y a-t-il pas lieu de craindre les tentatives de chantage qui, sans aucun motif, jetteraient le trouble dans les meilleures familles.

La jurisprudence, malgré ces raisons, est parvenue à tourner la loi et à consacrer dans une certaine mesure le principe opposé. En effet, il est injuste de libérer l'homme d'une faute qui, le plus souvent, lui est imputable et dont les lourdes conséquences ne pèsent que sur une mère dans la misère et un innocent abandonné. Les mœurs dans lesquelles nous vivons sont trop pénétrées de cette idée que les devoirs de la paternité sont des devoirs juridiques et non seulement des devoirs moraux, pour accepter la solution du code civil qui aboutissait à abandonner à la conscience du père l'accomplissement de son devoir. La jurisprudence, en s'engageant dans cette voie, tout d'abord n'autorise que timidement la femme séduite à réclamer des dommages au séducteur, en raison de son état, puis admet bientôt d'une façon très large la dette pécuniaire de l'homme. Pour arriver à tourner la

loi, elle s'appuie sur l'article 1382. Rien ne l'autorisait à en faire l'usage directement. Mais puisqu'il y a lieu de protéger la femme délaissée et l'enfant, la séduction en elle-même constitue un fait préjudiciable. Or, l'article 1382 proscriit d'une façon générale tout ce qui viole l'équité. Le père est coupable, non pas d'avoir procréé l'enfant, mais d'avoir causé un tort considérable à la femme qu'il a séduite.

La dot incluse. — Lorsqu'un fonds dotal a été aliéné, et que les deniers de la vente n'ont pas été remployés conformément à la loi, d'après l'article 1553, les immeubles qui viennent plus tard prendre leur place devraient être considérés comme des parapherinaux : biens aliénables sans aucun recours possible de la part de la femme. Mais la jurisprudence en décide autrement. Quoique le emploi n'ait pas été fait dans la forme prescrite par la loi, les valeurs conservent dans les fonds qui les représentent leur caractère originaire et intangible. Et s'il arrivait plus tard que ce bien soit aliéné, la femme aura toujours un droit privilégié pour le paiement de sa créance en reprise contre son mari. Tout acheteur ou saisissant doit lui en assurer par préférence le complet remboursement et, sous sa responsabilité, faire en sorte que le prix d'acquisition soit, sinon supérieur, tout au moins égal à la somme due à la femme. Comme on le voit, la jurisprudence ne fait qu'entendre à ces biens acquis les principes de la dotalité. Ils ne sont pas dotaux, mais ils renferment une valeur dotale et méritent la même protection qu'un fond dotal. De cette façon elle maintient l'équilibre entre les deux patrimoines distincts de la femme et écarte les effets fâcheux qui résulteraient pour elle de l'application pure et simple de l'article 1553.

Injure grave en matière de divorce. — La loi de 1889 n'a admis le divorce que pour les causes déterminées. La jurisprudence, en élargissant toujours de plus en plus la notion de l'injure grave, est arrivée à consacrer un système justement opposé à celui qu'a visé le législateur. Aujourd'hui, avec la conception de la jurisprudence, on est bien plus près du divorce par consentement mutuel, que du mariage indissoluble.

En dehors de toute offense ou outrage, quelle qu'en soit la forme, verbale ou écrite, on assimile à l'injure tout manquement grave à l'un des devoirs spéciaux aux époux.

Un époux a induit en erreur sur son intégrité judiciaire, physique, voir même médicale, son futur conjoint. C'est une hypothèse où logiquement, il ne devrait avoir place que pour une demande en nullité de mariage. Par conséquent, la seule question qu'on pourrait se poser, c'est de savoir s'il n'y aurait pas erreur sur la personne. Or, la loi, dans ces hypothèses, n'accorde pas la nullité. Pourtant la jurisprudence parvient à donner satisfaction aux parties en relevant dans ces faits une injure grave et en prononçant le divorce si la situation véritable a été dissimulée avant le mariage. On donne la même solution si l'un des époux a trompé l'autre sur ses croyances religieuses. De même, le fait de se refuser à la célébration religieuse du mariage n'entraîne pas la nullité, mais constitue un fait blessant, et comme tel permet de demander le divorce.

L'article 229 accorde le divorce pour cause d'adultère, mais non dans le cas d'une tentative d'adultère, encore moins en cas de simple flirt. Les tribunaux assimilent parfois ces faits à l'injure grave. Remarquons aussi qu'avant la loi du 27 juillet 1889, une inégalité choquante existait entre les

époux, en ce qui concerne l'adultère. D'après le texte, il fallait que celui du mari fut commis dans le domicile conjugal, pour que la femme puisse triompher dans une instance. La jurisprudence, avant que la loi du 27 juillet 1889 ne vînt modifier cet état de chose, avait, en fait, effacé cette différence entre les deux époux, et considérait tout adultère du mari comme une injure grave.

De par la loi, les peines criminelles sont une cause de divorce, article 232 ; mais depuis longtemps les tribunaux décident que le fait d'avoir subi une condamnation correctionnelle constitue à l'égard de l'autre conjoint une injure grave. On trouve des décisions attachant la même conséquence à de simples peines disciplinaires.

Si on voulait, on pourrait ajouter encore un grand nombre d'exemples qui feraient voir sous toutes ses faces ce qu'est devenue l'injure grave entre les mains du juge. Mais ceux qu'on vient de citer suffisent pour démontrer comment un texte, une simple expression pour ainsi dire, a permis, en lui donnant un sens de plus en plus large, de tourner les dispositions qui visent directement la question.

Legs alternatifs. — Selon l'article 896 du code civil, les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. Le législateur de 1804 dans sa poursuite de l'ancien régime entendait défendre les substitutions et tout ce qui s'en rapproche. Par suite, en ce qui concerne les legs alternatifs sous conditions résolutoires, la question ne se posait pas, ils étaient considérés comme défendus. Dans l'ancien droit où

les substitutions étaient largement admises, ils n'étaient considérés que comme une variante des substitutions, par conséquent, il n'y avait aucun intérêt à formuler une règle spéciale. Après la promulgation du code, étant données cette assimilation et la défense absolue des substitutions, la règle qui devait être appliquée au legs alternatif sous condition résolutoire ne faisait pas de doute. Mais la pratique, sans s'attaquer de front à la question, cherche une fissure pour faire dévier cette conception. C'est d'abord la rédaction du testament qui permet de tourner le principe dans certains cas. Le premier pas pour s'avancer vers la nouvelle conception, la jurisprudence le fait dans l'hypothèse où on ajoute à deux legs sous condition suspensive un legs d'usufruit au profit d'un des légataires jusqu'à l'arrivée ou la défaillance de la condition. On a toujours admis la validité de deux legs alternatifs faits l'un et l'autre sous condition suspensive : puisque le légataire est appelé à recueillir directement les biens, il n'y a pas de substitution, pas de charge de conserver et de rendre, l'ordre successif n'existe pas. Au fond, la combinaison n'est qu'un subterfuge et, rationnellement parlant, du moment qu'on assimile les legs alternatifs sous condition résolutoire aux substitutions, il en devrait être de même dans l'espèce citée, puisqu'en fait, le légataire conditionnel investi de l'usufruit doit rendre les biens à son décès. La jurisprudence, une fois engagée dans cette voie, ne pouvait plus l'abandonner. En se prévalant des circonstances de fait et des termes du testament, elle cherche d'abord à éviter l'application de l'article 896, tel qu'il a été primitivement interprété, soit en voyant dans la clause une substitution vulgaire permise, — le testateur ayant envisagé l'accomplissement de la condition résolutoire avant son décès — soit en considérant

le legs comme un simple legs d'usufruit, etc... Le moment arrive où il faut rejeter la fiction et se débarrasser d'un système où une sorte de stratagème puisse être une cause de succès, et c'est alors que la question est posée réellement sur le terrain des intérêts économiques. Le vieux cadre est étroit, il faut insister davantage sur la volonté probable du testateur et apprécier seulement dans quelle mesure l'ancienne conception peut la restreindre. Une fois qu'on s'engage dans cette voie, le principe qu'il faut appliquer ne fait plus de doute. Du moment qu'on assimile deux legs alternatifs sous condition suspensive avec usufruit au legs sous condition suspensive ordinaire, pourquoi ne pas admettre un legs alternatif sous condition résolutoire. Au point de vue économique, ils sont équivalents. Qu'il s'agisse de la condition suspensive ou résolutoire, la situation est la même, on subordonne le legs à un événement futur et incertain dont on souhaite ou redoute l'arrivée, les deux combinaisons aboutissent au même résultat, il n'y a qu'une simple différence de formule et d'expression dont l'effet économique est pareil; aucune nécessité ne nous force d'attacher une importance exagérée à la forme extérieure. Certes, dans la pensée des rédacteurs du code, un legs sous condition résolutoire équivalait à une substitution prohibée. Mais ne pourrait-on en dire autant pour deux legs sous condition suspensive avec usufruit? La situation du légataire conditionnel investi de l'usufruit est identique avec la situation du grevé dans une substitution prohibée, puisqu'il a à rendre les biens à son décès. Si la décision des tribunaux se justifie, cela ne peut être qu'au point de vue des intérêts économiques qui sont en jeu (1).

(1) Tissier, *Les legs alternatifs*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 743-780.

Si le mécanisme de l'analogie est tel qu'on vient de le décrire, que là où se trouve la question de fait, se rencontre aussi la question de droit, que souvent elle est le contraire des principes tirés de la loi, qu'elle envahit même le texte de la loi, nous pourrions allonger indéfiniment cette liste que nous venons de donner, sans arriver jamais à présenter l'analogie sous toutes ses faces ; de sorte que, tout en pouvant dire que l'analogie trouve son point d'appui dans la législation positive, il devient impossible de limiter son emploi. Dans l'ancienne doctrine, elle était délimitée tout au moins dans un sens : puisqu'on remonte aux idées de plus en plus larges et qu'elles sont déterminées par la législation positive ; si on ne peut pas les épuiser d'un coup, elles existent virtuellement et nécessairement s'arrêtent à une limite que l'on s'imagine, si on ne la voit pas. Ces expressions sont des illusions de notre esprit : on croit que plus la difficulté grandit, plus une élévation d'esprit est nécessaire, qu'il est possible de traduire l'effort qu'on doit faire, la distance qui nous sépare du principe cherché par une idée du même ordre. Les exemples prouvent que ce qui se produit, ce n'est pas cette marche ascendante, c'est, au contraire, l'axe du débat qui peut changer, c'est le pivot qui se déplace.

D'après les hypothèses qu'on vient de citer, on ne sait plus où s'arrête le domaine de l'analogie ; à partir d'un moment donné, il est impossible de concrétiser le procédé dans tous les cas. A la place de la perspective supposée, on voit un champ illimité qui pourrait, en quelque sorte, embrasser tout le droit. Toute question où on n'applique pas le texte directement constitue une application du raisonnement par similitude, toutes les fois qu'on pourrait invoquer une article qui ne vise pas la question, mais qui, dans l'appréciation

sociale, donne l'équivalent et permet de déterminer la signification d'un problème qui se pose, il y aurait emploi de l'analogie.

IV

Comment caractériser le procédé, sur quel principe repose-t-il ? On a écarté une idée erronée, mais il faut mettre autre chose à la place. Pour marquer la différence vis-à-vis des classiques qui y voient la déduction, on serait tenté de dire qu'il y a là un raisonnement inductif.

Nous pourrions peut-être accepter cette dénomination, si nous devons croire que son emploi se borne exclusivement aux hypothèses où il n'est question que des principes élaborés au-dessus des textes. Mais si l'on fait bloc de tous les exemples, cette explication serait-elle suffisante ? Dire que l'analogie est induction, c'est voir en elle un raisonnement rationnel d'où toute contradiction est exclue ; c'est supposer que les anneaux de la chaîne suivent un ordre linéaire, s'agencent d'une façon rigoureuse et conditionnent la solution.

Pourrait-on dire qu'il en est ainsi ici. Ce n'est pas le cas. Si l'on prend tous les exemples que nous avons cités et surtout ceux de la dernière série, on remarque qu'il y a là un droit qui, tout en étant dans le prolongement de la loi, se développe et vit en dehors du droit positif. A côté de la loi, avec la force impérative et les catégories qui en proviennent, l'analogie offre aussi une autre perspective. Tout en ne mettant pas en doute la nécessité de suivre la voie strictement tracée par le législateur, elle nous fait voir un domaine spécial, si l'on veut anormal, qui existe et grandit au rebours de ce qui pourrait être considéré comme guide immuable. Pour

mieux préciser, les lacunes qu'il s'agit de combler, ne constituent pas toujours un vide qui apparaît comme tel, en considérant la loi dans son plan continu et dans sa symétrie initiale ; une liberté d'appréciation est indispensable en ce qui concerne la loi elle-même. Souvent le juge crée les lacunes là où elles n'existent pas, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer s'il s'agit des vides véritablement laissés par le législateur ou qui naissent dans la suite.

Mais cette conclusion en implique tout de suite une autre. Il ne suffit plus de dire que l'analogie dans les hypothèses larges par comparaison au cas simple, est l'opposé des principes qui résultent directement de la loi. Ici il ne s'agit pas seulement des principes, c'est la loi elle-même qui est en question ; or tant qu'on ne s'occupait que des idées élaborées en dehors de la loi, la chose pouvait nous être indifférente, puisque les « constructions » ne trouvent aucune consécration dans le texte, ne sont que notre création, et que l'homme change avec le temps ; alors, autant qu'elles ne sont plus utilisables pour expliquer un ensemble de rapports juridiques, nous pouvons les changer sans difficulté. Mais un texte, c'est une règle abstraite et générale, son contenu comporte des limites, qui, tout en pouvant varier peut-être, dans une certaine mesure, ne peuvent pas modifier son contenu ; il reste toujours identique. Nécessairement, si nous appliquons ici le même principe que nous avons développé tout à l'heure, nous sommes obligés de dire qu'il y a là un raisonnement qui mène parfois à la contradiction, mais que cette contradiction n'est pas une objection.

Comment cela est-il possible ? Précisément, parce que le raisonnement judiciaire, tout en contenant les mêmes éléments que le raisonnement rationnel, les dispose d'une autre

façon. Au lieu de chercher toujours une chaîne ininterrompue entre la loi et le cas réglé, le juge se demande, avant tout, si le but qu'on se propose d'atteindre se justifie, si les motifs qui nous ont déterminé à considérer le nouveau cas comme analogue à une solution prévue par la loi répond aux besoins qu'on se propose de satisfaire. La loi reste toujours comme un agent nécessaire et indispensable et le juge, en puisant dans la loi les matériaux dont il a besoin, se servira de l'analogie comme d'un appui fort utile, le procédé logique enveloppera toujours dans la forme nécessaire la pensée de l'interprète, et fournira le moyen de donner l'unité à nos conceptions. Mais ce qui importe le plus, dans cette perspective où le procédé s'élargit de plus en plus, ce n'est pas seulement de constater qu'on retrouve dans la loi un cas similaire à la conception qu'on s'est faite de la nouvelle situation, c'est la manière de se servir des éléments légaux et le moment auquel on les utilise. Ici, où nous nous mettons en opposition avec les principes élaborés au-dessus de la loi et parfois avec le texte même, qui englobe le cas en question, ce qui préoccupe surtout, c'est la valeur de ces éléments comme moyen de satisfaire un but : on ne cherche pas la confirmation de son opinion dans une logique en dehors de la société qui nous entoure, le juge n'a pas à prouver un fait, mais à justifier son attitude. En comparant deux situations, nous nous approprions les raisons qui sont en faveur du cas nouveau, mais ces raisons, nous les avons adoptées avant de procéder au rapprochement. Dans les deux termes de comparaison, l'un est déjà en nous, ce qu'on peut demander à l'autre ce n'est pas une preuve, puisque ce qu'on vise, c'est l'appui d'une conception qu'on s'est déjà faite ; par conséquent, ce raisonnement est

réductible à une tendance qui suscite et ordonne les termes de la comparaison, et quoique les éléments qui constituent le raisonnement doivent toujours rester les mêmes et qu'ils supposent un principe ou un concept général, la fin posée détermine et conditionne les éléments qui peuvent entrer en ligne de compte. En un mot, l'analogie intervient comme un complément, comme un élément, un indice de plus qui se surajoute à l'opinion que nous nous faisons de l'espèce en cause. Nous sommes forcés d'envisager, auparavant, les effets juridiques que nous devons lui attribuer ; le procédé qui rattache le nouveau cas à la loi, vient après coup et non comme point de départ. Le texte qui est en présence peut bien être le cas particulier d'une institution, mais cette institution ne sort pas directement des cadres de la loi, elle s'y superpose ; on arrange les principes d'après les besoins du cas nouveau, on y ajoute quelque chose et la conséquence, autant qu'elle existe et qu'elle doit fournir la base d'un principe apte à établir une nouvelle règle, est notre création.

Et alors on s'explique pourquoi on peut se mettre en contradiction avec la loi, c'est qu'il y a une logique qui est toute différente de celle de la loi. Il y a là un raisonnement auquel recourt le juge et qui au regard de la loi, souvent s'accommode de la contradiction. Mais dire ceci, c'est nous mettre justement à l'opposé du raisonnement rationnel qui implique une conclusion rigoureusement logique. Ce raisonnement du juge est même le contraire de la logique, puisqu'il ne s'occupe pas s'il est en opposition avec ce qui est établi (1).

On pourrait peut-être faire un reproche à cette analyse

(1) Ribot, *La logique des sentiments*, 1905.

et voici dans quel sens. En cherchant à comprendre le mécanisme du procédé par analogie dans cette perspective où il s'élargit de plus en plus, au moment où nous avons constaté qu'il y a en elle un raisonnement soustrait à la contradiction, nous avons complètement perdu de vue ce que nous avons affirmé, en ce qui concerne son application dans les cas simples. On se rappelle que dans les espèces qui se rapprochent le plus du texte, on se trouve, comme d'avance, enveloppé dans un réseau d'idées qui sortent des dispositions légales, et la plupart du temps, on ne fait que changer un terme ; la règle prise dans le cadre qui l'entoure, si elle n'est pas suffisamment large pour embrasser immédiatement le nouveau cas, la solution qu'elle contient est pleine affirmation du jugement que nous portons sur l'espèce en cause. Par conséquent, puisqu'il faut tenir compte de ce cas qui est encore le plus fréquent, quoique dans les hypothèses larges nous puissions rejeter ce langage, qui nous fait voir l'analogie comme procédé déductif, tout au moins, en ce qui concerne les espèces où la plus simple généralisation suffit, cette terminologie est indispensable pour la caractériser.

S'il en était ainsi, la conception que nous nous faisons de l'analogie serait sujette à caution, de même que celle que nous avons cherché à écarter dans le premier chapitre. On se rappelle que nous avons critiqué la conception de M. Géný parce qu'elle ne donne pas une explication uniforme du procédé, mais superpose les éléments. Or, notre analyse nous conduit à quelque chose de pis encore : au lieu de trouver un principe qui embrasse toutes les espèces du raisonnement par ressemblance, nous sommes obligés de reconnaître qu'il y a deux sortes d'analogie, qui sont l'opposé l'une de l'autre. Pourtant, ce qui nous a décidé à l'observer, c'est parce

qu'elle représente l'élément de notre pensée. Admettre l'analogie, c'est admettre qu'on est en présence d'un procédé qui repose toujours sur le même principe, et nous sommes obligés de dire que cet élément comporte en quelque sorte deux explications.

Nous serions acculés à cette nécessité, si ce langage du raisonnement rationnel était en effet indispensable, mais ne pourrait-on faire la remarque suivante : Si dans un cas, il ne peut être question d'un raisonnement rationnel, à quoi peut bien servir de dire qu'il est déduction dans l'autre. Ce sont des expressions qui, par rapport au droit, n'expliquent pas grand chose. Même autant qu'il s'agit de ces espèces simples, sommes-nous obligés de les regarder toujours sous cette face, à laquelle nous sommes habitués ? De quoi tient-elle la possibilité dans cette hypothèse, de transporter sur les nouveaux cas, les catégories toutes faites et de considérer la solution comme d'avance donnée. A cette circonstance que l'analogie est un raisonnement purement déductif ? Mais nous venons de voir qu'il est souvent le contraire de la déduction. Et alors si pour une catégorie d'exemples, il ne sert à rien de recourir au langage du raisonnement rationnel, il doit en être de même en ce qui concerne l'autre hypothèse. D'ailleurs, s'agit-il ici de déterminer la signification du raisonnement par analogie dans ses rapports avec la logique formelle, ou eu égard au droit ? La réponse ne comporte pas de doute. Il est peut-être moins intéressant de savoir s'il y a là un raisonnement déductif, que d'indiquer l'endroit où on le trouve avec des espèces semblables, par rapport à notre matière — au droit. Et quand on se place à ce point de vue, la question a un tout autre aspect. En effet, dans les deux catégories de cas, qu'est-ce qui change ; sont-ce les éléments

d'élaboration dans leur nature constitutive où par suite de la différence des intérêts, notre attitude se montre sous des aspects dissemblables ? Il n'y a que les intérêts qui varient d'un cas à l'autre, mais le raisonnement repose toujours sur la même base. Ce qui fait que dans la plupart des cas où l'analogie est appliquée, la transposition est pour ainsi dire directe, ce n'est pas une qualité inhérente au procédé, mais parce que nous sommes en quelque sorte au repos, les intérêts en jeu sont de telle sorte qu'ils nous mettent pour ainsi dire en contact direct avec la loi. Par conséquent, même en tant qu'il s'agit de ces cas simples, ce seraient toujours les éléments de la même nature qui ne diffèrent pas dans ce qui constitue leur essence, mais qui nous permettent en présence d'un cas pratique, de prendre une attitude toute proche de celle qui a dicté la règle dans un cas prévu par la loi. Tant qu'on est au repos, il n'y a rien d'inquiétant de transposer purement et simplement sur une nouvelle situation ou sur certains côtés du problème, la conception que s'est faite le législateur. La distinction provient toujours de la différence des intérêts, mais comme dans notre cas, elle est minime, ils permettent de ne pas sortir de la symétrie légale, et quoique le juge tire une nouvelle conséquence non prévue, elle apparaît comme d'avance donnée. Nous arrivons ainsi en quelque sorte à simplifier cette double perspective.

V.

Avec ce qui vient d'être dit, pourrait-on affirmer que l'analogie représente un procédé objectif par excellence. Certainement, c'est un procédé très utile. Les textes ne sont pas des expressions détachées l'une de l'autre. Leur combi-

raison nous donne souvent une idée que nous ne voyons pas en les regardant isolément. Ces principes peuvent souvent servir comme point de départ à l'analogie. Elle accomplit le rôle de préparation, établit l'ordre en précisant les éléments qu'on doit prendre en considération, met en relief les principes et indique les oppositions. D'ailleurs, quoique le droit évolue, on ne se débarrasse pas à son gré des vieux souvenirs. Ils nous hantent malgré nous, déterminent indépendamment de notre volonté notre façon de comprendre et de sentir les choses, et font que nous envisageons toujours le présent avec les idées de la veille. C'est ainsi que l'apport du nouveau, si considérable qu'il soit, ne nous apparaît jamais que comme un détail accessoire de l'ancien. Le passé s'insinue, penche, recouvre et submerge le présent. La conception nouvelle se fond instantanément dans les anciennes. L'idée neuve, si originale qu'elle soit, essaye de se tasser dans le fond ancien, s'y cherche une place en s'adaptant à ce milieu (1).

Mais si ce que nous venons de dire est exact, que l'analogie est un raisonnement à double tranchant et qu'en dernière analyse, elle est ce que nous sommes nous-mêmes, il serait déplacé d'y voir un critère de premier ordre.

Employée sous son premier aspect, elle est, sans aucun doute, très utile, pendant un certain temps après la codification, ou tout de suite après l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi. Comme on est encore dans cette atmosphère qui entoure l'établissement de la loi, la plupart du temps une conséquence directe suffit pour remplir les vides. La so-

(1) Acher.

lution s'impose comme dérivatif nécessaire des principes établis, que rien n'est venu déranger. Les catégories légales ne sont pas encore mises en doute. Cependant, il ne faut pas exagérer ; il faut se rappeler que dans la doctrine classique, c'est surtout cette analogie qu'on voyait. Or, nous connaissons bien les reproches qu'on lui a adressés. Inutile d'y revenir. Constatons seulement que la faiblesse de l'analogie envisagée sous cette face, résulte de ce fait que la loi, quelle que soit l'ampleur de ses vues, considérées dans sa symétrie initiale, n'embrasse qu'une partie de réalité et ses solutions nous mènent dans un cercle étroit d'idées, toujours les mêmes. C'est ce qui a fait dire à beaucoup d'auteurs qu'au cas où l'analogie est en opposition manifeste avec les besoins pratiques, il faut la rejeter. Cette opinion peut être acceptée pleinement lorsqu'on n'envisage l'analogie que sous cet aspect où elle ne dérange en rien la symétrie de la loi.

Q'est-ce qu'on peut dire d'elle, dans cette perspective où elle s'éloigne de plus en plus de la loi ? La seule chose qu'on puisse affirmer, c'est qu'elle reste toujours un procédé indispensable. Nous ne pouvons exprimer et résumer nos expériences et nos observations nouvelles qu'à l'aide du langage qui résume nos expériences et nos observations antérieures, et nous cherchons à coordonner nos connaissances nouvelles avec celles que nous possédons déjà, avec celles qui nous paraissent le plus solides, que nous croyons posséder le plus et qui sont les connaissances se rapportant à notre moi, à notre monde intérieur. Procéder ainsi, ce n'est pas toute la connaissance, mais c'est la manière indispensable de notre esprit. Les idées changent d'une époque à

l'autre, mais la manière de s'expliquer reste toujours la même. C'est par le tour de son esprit, que le juge est amené à considérer que la loi doit embrasser toute la vie, et qu'il cherche à rattacher une nouvelle espèce aux anciens cadres. Mais en constatant la nécessité de son emploi, il faut reconnaître aussi qu'à mesure que la situation se distingue par son originalité, grandit aussi l'écart entre les idées générales auxquelles nous sommes habitués, et le cas qui se présente ; par suite, la similitude qu'on emploie comme point d'appui nous inspire de plus en plus d'inquiétude. Plus le cas pratique non prévu par la loi se rattache à la vie sociale, moins l'analogie a de force. Ce sont des hypothèses si importantes, que l'analogie est bien loin de nous fournir un critère objectif. Dans ces hypothèses, nous pouvons considérer une analogie comme justifiée seulement autant que les intérêts sont parvenus à une certaine maturité pour leur accorder la protection. Nous sommes en droit d'insister sur les similitudes à partir du moment où l'importance de la nouvelle situation commence à se préciser, où elle devient un fait acquis qui demande à être rattaché au droit positif. Mais apprécier, à l'aide de l'analogie seule, la valeur d'une conception non mûre encore, cela est impossible. Etant donné que l'objet de notre science évolue et comme le passage d'une époque à une autre est plus ou moins brusque, le raisonnement varie spontanément dans la mesure où nos propres conceptions changent. Si nous étions sur le terrain des sciences naturelles, l'analogie ne comporterait qu'une probabilité et le danger serait de considérer ce qui n'est qu'une hypothèse comme une certitude. Comme en matière de droit, d'après ce qui vient d'être dit, l'analogie ne vient souvent que comme appoint, comme

moyen d'adaptation, le danger réside essentiellement dans cet élément qui joue le rôle des idées générales. Le fait juridique qu'on cherche à préciser a souvent quelque chose de flottant, c'est une réalité en train de se faire dont on détermine seulement son acheminement probable. En invoquant les similitudes, elles comporteraient toujours une appréciation subjective entre deux choses qu'on compare, il y en a une qui est donnée, l'autre nous la plaçons plus ou moins en nous, en la faisant dépendre de nos idées personnelles. Comme résultat, l'attitude même qui nous amène au procédé a quelque chose d'indéterminé. C'est nous qui sommes juges d'établir des délimitations et des liens. Rien ne nous prévient d'avance que les ressemblances, qui dans notre appréciation nous paraissent importantes, sont en effet décisives. En dernière ligne, tout devient une question de tempérament de la formation de l'esprit. On se rend compte qu'admettre cette analogie dans toute son étendue, ce serait une exagération excessive.

CHAPITRE IV

I. Les conséquences des constatations faites par rapport à l'interprétation en général. Si on peut affirmer que l'élaboration du droit implique un raisonnement soustrait à la contradiction dans certaines hypothèses, il devient impossible de se faire une idée de la loi. — II. Le danger de reconnaître ce raisonnement. Ce danger n'est qu'apparent. — III. On peut se passer de toute notion, il y a une méthode scientifique qui embrasse toute la matière. Elle explique la nécessité de nous conformer à la loi en tant que cas normal, et offre des procédés objectifs qui permettent de regarder le droit en dehors de la contradiction. — IV. L'inutilité de se faire une idée de la loi.

I

Après ce qui vient d'être dit, pourrions-nous sinon rejeter l'analogie, ce qui serait inadmissible, étant donné qu'elle est un raisonnement dont on ne pourrait se passer, l'accepter seulement dans la mesure où elle est utilisable et la reléguer, pour le reste, parmi les moyens dont nous ne sommes pas en état de faire un critère objectif dans le vrai sens du mot, puisqu'elle est à double tranchant et qu'elle dépend de ce que nous sommes. Dans ce cas, il faudrait reconnaître, avec un grand nombre d'auteurs, qu'à cet endroit, l'art est supérieur à la théorie et si l'on veut chercher un terrain solide où l'élaboration objective soit possible, on peut le

trouver seulement en dehors d'un procédé aussi peu sûr, que l'est l'analogie.

En effet, ce serait la seule réponse, si nous avions discuté l'analogie au même titre qu'on le fait habituellement, en cherchant dans quelle mesure on y trouve un procédé objectif d'interprétation. Mais il ne s'agit pas de cela. Ce que nous nous étions proposé, c'est d'observer le raisonnement par similitude tel qu'il est et des constatations faites, tirer une conclusion par rapport à l'interprétation dans son ensemble. Et on se rappelle comment nous sommes arrivés à la nécessité de l'envisager sous cette face. Dans la première partie de notre étude, nous sommes arrivés à cette conclusion que de la manière dont on envisage les données de l'interprétation, il n'est pas possible de s'en faire une idée acceptable en tant que procédé objectif, et pour nous rendre compte de ce qui se passe à cet endroit où on applique l'analogie, il fallait revenir à l'interprétation dans son ensemble. Là nous avons rencontré la même difficulté, parce que les idées entre lesquelles on discute sont antagonistes. Mais tout en faisant cette remarque, il fallait reconnaître qu'il est malaisé d'élaborer un système d'interprétation sur d'autres données. Ecarter la logique de la loi, c'est écarter la loi elle-même ; inutile de chercher d'autres critères pour la science. Cependant, il n'est pas admissible de passer la contradiction sous silence ou de l'admettre tout court ; il en résulterait toutes sortes d'inconvénients. Alors il paraissait, puisque c'est notre raison qui est en jeu, qu'il faudrait entrer dans les idées philosophiques. Nous avons exposé les inconvénients et l'inutilité de nous engager dans cette voie, et nous étions amenés à nous demander encore une fois si, à cause de toutes ces circonstances, il ne faudrait

pas chercher une nouvelle conception de l'interprétation, différente de celles qu'on a données jusqu'à maintenant et plus conforme à la réalité. Mais il suffisait de poser le problème, pour se rendre compte que c'était retomber dans le piège. Et nous avons essayé de tourner le problème : la difficulté vient de ce que la loi est un raisonnement, une logique ; d'autre part, la science en est une aussi, et on ne sait pas ce que devient notre pensée, dans ce crible. Mais à côté du jurisconsulte, qui discute entre les postulats abstraits, il y a celui de la pratique et puisqu'il s'agit de savoir dans quelles conditions nous devons passer de la loi aux sources extralégales, ne pourrions-nous d'abord déterminer ce que devient notre pensée dans cet engrenage, pour revenir ensuite à la théorie d'interprétation.

Ce qui nous intéresse, ce n'est ni ce que devrait être l'interprétation, ni les moyens à introduire pour la rendre objective, parce que nous ne pourrions y apporter une amélioration bien appréciable, puisqu'une méthode, qui a fait ses preuves, est acceptée par tous. Ce qui est essentiel, c'est d'envisager la pensée judiciaire, telle qu'elle se manifeste en dehors des postulats, de voir si cette observation ne pourrait nous en livrer le secret en tant qu'il est nécessaire de trouver un cadre où il est possible de discuter les problèmes d'une façon, où on ne se heurte plus aux difficultés.

On se rappelle ce qui nous a conduit à reprendre l'analogie. Certes l'analogie n'est pas toute l'interprétation, mais elle envahit toute la matière et comme telle elle nous offre un prisme à travers lequel nous voyons en traits grossis ce qui se passe entre la loi et les sources extra-légales.

Une fois cette recherche accomplie, ne pourrait-on espérer que les constatations faites nous permettent de relever tout au moins en partie, d'où vient l'antagonisme entre la loi et la science et pourquoi on ne parvient pas à se faire de l'interprétation une idée qui serait acceptée par tous les juristes.

Avec ce qui vient d'être exposé dans le précédent chapitre, sommes-nous en présence d'une donnée qui nous permettrait de dire pourquoi en partant d'une conception de la loi nous ne parvenons jamais à faire de l'interprétation un ensemble de règles où notre raison puisse se mouvoir.

Je crois cette réponse possible. Certainement l'analogie n'est qu'un détail. Mais comme nous avons vu, quoique le raisonnement par similitude, la plupart du temps, n'intervient que là où il y a des lacunes, fréquemment il touche le texte aussi. Et à mesure qu'on voulait multiplier les exemples, on s'est rendu compte que son emploi n'allait pas toujours dans la même direction, qu'il y avait là un raisonnement qui est souvent l'opposé de la symétrie légale et comme il envahit le texte, il y a lieu de parler d'un raisonnement soustrait à la contradiction.

Or si cela est vrai, nous sommes en présence de ce facteur qui empêche toutes les théories d'interprétation d'arriver au but. Dans cette constatation, il y a une preuve certaine que toutes les fois que nous voudrions élaborer les règles de l'interprétation en abordant le problème sous ce biais où il faut se faire d'abord une idée de la loi, comme première donnée, on n'aboutira pas au résultat. Il y a là une chose que nous ne pouvons déterminer ni par un principe simple, ni par un ensemble de règles. Une idée, une notion, c'est une délimitation. Mais la loi est un raisonnement et

nous constatons qu'à un moment donné, ce raisonnement peut être soustrait à la contradiction. Et alors comment est-il possible de déterminer ce qui doit être l'emploi de la règle légale. N'est-il pas évident que vouloir faire de l'interprétation un ensemble logique et partir d'une conception de la loi, c'est se mettre d'avance dans une situation sans issue. Par conséquent, autant qu'on peut faire des reproches aux différentes théories, ce n'est pas parce qu'elles partent de telle ou telle conception de la loi, mais parce qu'elles acceptent cette hypothèse, qu'il est possible d'en donner une notion, qu'il y a là un objet qui se prête à une définition en tant qu'objet d'interprétation.

Nous comprenons que, même en admettant l'évolution du droit, la logique de la loi jouera un rôle ; mais définir cette logique, ce n'est pas seulement affirmer son importance, mais supposer qu'étant donné le point de départ, ce qui va venir, sinon suivra toujours le même chemin, du moins se prêtera à un enchaînement logique. Certes, si le droit restait sur place, ou si en évoluant il suivait toujours la même voie, il nous serait facile de nous faire une idée d'elle, conformément à ces deux alternatives ; mais dans ce cas, il serait superflu de discuter une idée en dehors des conceptions de la loi, que donnent les deux théories. Mais reconnaître l'évolution, ce n'est pas seulement reconnaître le développement du droit dans un plan, au contraire, il y a là changement de perspective. L'homme, en tant qu'être logique, pour s'y adapter, ne peut faire autrement que de se servir d'un raisonnement. Or, comme la loi ne vient que sous une forme logique et qu'elle repose sur le raisonnement, constater que ce raisonnement dans bien des cas est soustrait à la contradiction, si ce n'est pas affirmer quelque

chose contre la nécessité de nous conformer la plupart du temps au droit formulé, il faut reconnaître qu'il y a là un démenti à toute définition qu'on pourrait tenter. En présence de ce raisonnement soustrait à la contradiction, il est en dehors de nos moyens de nous faire une idée de la loi et de ses limites : admettre une hypothèse semblable, c'est chercher une conception logique là où s'implante l'illogisme.

Une fois qu'on s'est mis dans cette impossibilité, forcément lorsqu'on veut mettre en contact la loi avec les procédés objectifs pour en faire un ensemble homogène, il devient impossible d'avoir une image claire, quel rôle on doit accorder à la science. Nous nous faisons d'abord l'idée d'un objet que nous ne pouvons pas saisir dans les limites précises et nous voulons introduire ensuite les procédés objectifs d'élaboration. Mais n'ayant pas trouvé une assise fixe pour ce qui constitue la base même de l'ensemble, ces procédés tomberont avec plus ou moins de certitude. Par suite on peut tourner et retourner les choses comme on voudra, on ne parviendra jamais à trouver les principes qui embrassent la loi et les éléments extralégaux, et quelle que soit la manière pour circonscrire le domaine de l'interprétation, on aboutira toujours à un cercle vicieux.

II

Cette constatation faite, ne pourrait-on se demander si toute la difficulté ne vient que de là, si le pseudo-problème ne réside que dans ce qu'on croit nécessaire de donner comme point de départ à toute théorie d'interprétation une notion de la loi et conclure que la méthode, si elle veut regarder

les choses à travers un cadre homogène, doit d'abord effacer toute définition de la loi.

En effet, à quoi sert-il de déterminer sur quel principe doit être basée celle-ci. S'il est quelquefois utile d'être fixé sur son emploi, pour préserver le juge contre le danger possible d'introduire dans l'interprétation de textes des éléments disparates, autant il peut y avoir un embarras, lorsqu'il est nécessaire d'adapter la loi aux nouvelles circonstances. D'ailleurs, même en ce qui concerne les exagérations de la part du juge, ce qui le met en garde contre l'excès, ce sont les éléments même, où il puise ses jugements plutôt qu'une idée qu'il se fait de la règle légale.

Mais quand on veut pousser les choses plus loin et tirer des conséquences du fait établi au premier abord, on est pris d'un doute. Ne dirait-on pas que la constatation que nous venons de faire, si elle permet de rejeter une conception impossible, nous expose à un danger beaucoup plus grave, que ne l'est la notion de loi. Et voici pourquoi. Nous venons de constater que ce raisonnement, par similitude, envahit, pour ainsi dire, toute la matière ; qu'il est toujours orienté dans la même direction, qu'il s'agisse du cas simple ou du cas extrême, la solution ne dépend que des intérêts en cause. Mais si cette réduction de toutes espèces d'analogies au même principe est un avantage autant qu'on cherche à comprendre son mécanisme, puisqu'on ramène tout à un principe unique, elle devient un danger quand on la met en contact avec les données de l'interprétation. La loi est raisonnement, la science repose aussi sur lui. Mais ce raisonnement, guidé par le but n'est pas toujours la suite continue du premier plan, il est souvent soustrait à la contradiction. Or comme c'est nous qui jugeons le but à at-

teindre, n'est-ce pas dire que tout dépend de notre appréciation personnelle. Et alors que devient la méthode juridique dans son ensemble ? Ce qui est important pour elle, ce n'est pas seulement de démontrer, ce qui permet qu'en présence d'une règle formulée nous pouvons passer à une autre règle, qui la nie, mais elle veut être l'ensemble logique et alors quelle utilité pourrait-elle tirer d'un raisonnement qui est illogisme par excellence. Ne dirait-on pas qu'en acceptant cette proposition, qu'un raisonnement soustrait à la contradiction traverse toute la matière, c'est reconnaître non seulement qu'il est impossible de nous faire une idée de la loi, mais qu'en général, l'interprétation dans son ensemble devient une chose vaine. Sur quel principe reposera cette méthode si, en prenant la loi comme première donnée, on reconnaît que la contradiction n'est pas objection. C'est accepter et rejeter la loi en même temps ; comment pouvoir discuter les problèmes juridiques. On a mis de côté toutes les conceptions d'interprétation, pour ne pas être gêné par des idées préconçues, mais pour avoir cette perspective sans entrave, l'horizon devient trop large, les limites de l'interprétation disparaissent. On a rejeté la possibilité que la loi et la science puissent se rejoindre mécaniquement ; on a écarté comme reposant sur une fiction la théorie qui voudrait faire évoluer le texte, mais pour avoir trop cherché, on fait sortir le raisonnement sans contradiction. Dans les théories que nous avons exposées au début, explicitement ou implicitement, on admet que dans une certaine mesure la loi est contredite, mais au moins on ne touche pas à notre logique. Le danger pourrait exister là aussi, mais il est facile de se ressaisir. Pour se faire l'idée de l'interprétation en général, c'est une conception de la loi

qui doit servir de point de départ, autant qu'on est entraîné vers l'exagération, il n'y a qu'à revenir au texte. Certes, il y a des choses qu'on passe sous silence, mais au moins on ne risque rien.

Ce n'est qu'une apparence de danger. Pour la commodité de la recherche, afin de savoir ce que nous devenons nous-même entre les postulats antagonistes de l'interprétation, on a envisagé le droit sous cette face, où il n'y a que raisonnement. Mais cette constatation que la loi repose sur un raisonnement, lequel, dans certaines hypothèses, admet la contradiction, nous autorise-t-elle de tirer de là un droit pour le juge ?

Elle permettrait cette conclusion si le droit contenu dans la loi ne tenait que de sa technique. Alors nous pourrions affirmer : puisque cette règle n'est qu'une formule, qu'un raisonnement et que ce raisonnement est soustrait à la contradiction, il nous est permis de faire de la loi, ce que nous voulons. Mais précisément parce qu'il n'en est pas ainsi, on n'a rien à craindre. Pour formuler les règles juridiques en des impératifs qui s'imposent à tout, le raisonnement est indispensable. Mais est-ce à dire qu'en lui-même il constitue l'essence même du droit ? Il n'y a là qu'un moyen, une chose secondaire. Par conséquent, quelle que soit son importance, il ne peut mettre en doute les éléments essentiels du droit positif. Or quand on envisage le droit sous cette face, cette règle générale et abstraite n'est qu'un témoignage d'un fait qui existe, indépendamment de la formule. Le législateur, en élaborant un texte, ne se laisse pas mener par une idée de caprice, mais consacre un principe imposé par l'évolution et les intérêts de la société. Le droit ne s'extériorise, ne

devient règle, qu'à l'aide de la logique, mais en même temps qu'il est dans la formule, il est aussi dans les rapports humains, ou plutôt il y est avant. La formule n'est que sa consécration. Et le droit pris sous cet aspect n'est pas seulement une abstraction, c'est un fait qui obéit aux causes, il est étroitement lié aux conditions sociales prises dans leur ensemble, qui ne varient pas du jour au lendemain ; elles évoluent, mais dans la société il y a aussi une stabilité relative, sans laquelle une organisation sociale ne pourrait exister. Tant qu'elles n'ont pas changé, on a beau constater qu'au cours de l'évolution on contredit la loi, on ne peut tirer de cette circonstance aucun argument contre ce qui est établi. Conclusion : tout en constatant qu'il y a dans la loi un raisonnement, qui peut ne pas comporter la contradiction, la loi doit rester le cas normal dans la vie juridique. Par conséquent, si pour les besoins de notre étude, nous nous sommes mis à un endroit particulier de l'interprétation, là où il nous est possible de voir en des traits exagérés ce que devient la loi, cette constatation ne peut pas mettre en doute l'application de la loi telle qu'elle est. D'ailleurs n'a-t-on pas constaté que ce raisonnement par analogie la plupart du temps tourne lui-même dans un cadre, où il ne touche pas à la symétrie légale.

Ensuite si en matière sociale il suffisait de raisonner seulement, on aurait tout abandonné à la libre appréciation de l'homme. Mais c'est justement à cause de cette circonstance, que notre raisonnement est orienté vers le subjectionnisme et l'arbitraire, que la société est amenée à dicter les règles générales et abstraites qui s'imposent à tous. Etant donné que le droit est un produit de l'homme, on ne peut pas se contenter d'abandonner à l'individu l'appréciation des règles

juridiques. Mais dicter les règles générales et abstraites, ce n'est pas seulement une affaire de raisonnement, mais aussi une question de pouvoir : de sorte que, constater des cas où la conception du juge, à cause de la nécessité des circonstances, s'est orientée dans une direction autre que celle que le législateur entendait lui donner, cette constatation ne peut pas être une arme contre la loi, en donnant à l'interprète le droit d'émettre les règles qui iraient à l'encontre du droit positif ; par conséquent même autant que le juge se voit forcé de considérer une situation juridique sous un autre jour que ne l'a fait le législateur, il ne peut pas par cela seul abolir la règle. Pour le faire, il faut disposer du pouvoir de formuler les règles générales et abstraites telles qu'elles sont dans la loi. Et comme le juge n'a pas ce pouvoir, si parfois il est forcé de se mettre contre le texte, son principe conducteur doit rester le respect de la loi et il trouve nécessairement une limite à son empiètement dans ce fait que, par sa fonction, il s'engage à appliquer le droit positif. D'ailleurs même dans la mesure où le juge est amené à modifier la loi, comme l'observation nous montre que le droit positif n'est pas une œuvre arbitraire, mais résulte comme une synthèse de la conscience collective et que nous avons une méthode adaptée à l'objet, qui n'est autre que la méthode historique, il doit en être de même lorsqu'il se croit autorisé à envisager une situation autrement que ne l'a fait le législateur ; il lui faut des procédés objectifs qui lui permettront d'écarter l'arbitraire, et ce que son raisonnement contient de subjectif. Or s'il en est ainsi, ce qui s'impose à la théorie de l'interprétation, c'est que, tout en constatant que la loi reste le cas normal de la vie juridique, puisqu'au cours de l'évolution du droit, elle

suit une voie où elle s'accommode de la contradiction, ce n'est pas de redouter ce raisonnement, en cherchant à revenir toujours à la loi et de l'assouplir par une définition, mais au contraire en rejetant comme une chose impossible toute tentative de la serrer, dans une proposition simple, tâcher de trouver les procédés adaptés à la matière.

Mais, puisque ce raisonnement, qui nous permet d'introduire de nouveaux éléments, est soustrait à la contradiction, comment le circonscrire et comment faire fonctionner les procédés objectifs ?

Si nous avons à juger le droit dans un cadre d'idées qui s'enchaînent rigoureusement, comme c'est le cas dans les sciences naturelles, par exemple, la situation serait sans issue. Ici il en est autrement; on pourrait dire même que ce raisonnement soustrait à la contradiction, au lieu d'être un inconvénient, nous explique comment la science peut fonctionner sans mettre la loi en danger.

Lorsqu'il s'agit des sciences naturelles, en voulant faire nos observations, nous partons de cette donnée que l'objet sur lequel on veut appliquer le procédé scientifique existe en dehors de nous, qu'il est déterminé par des lois immuables. Ce qui permet la recherche, c'est que, dans les phénomènes, il y a un ordre que nous ne pourrions pas changer. Par conséquent, la condition indispensable pour les exprimer c'est l'enchaînement rigoureux des pensées. Si le raisonnement qu'on applique était soustrait à la contradiction, aucune explication ne serait possible.

Certes, le droit est un fait d'observation au même titre que les faits des sciences naturelles, en se basant sur cette circonstance, que l'école historique a déjà établie, que la conscience collective et la conscience individuelle ne se con-

fondent pas. Par suite, pour connaître le droit, qui est l'expression de la collectivité, il faut l'observer et porter ces observations sur des faits qui nous sont extérieurs. Cependant si l'on peut établir ce parallélisme, on ne doit pas le pousser trop loin. Les lois de la nature ne varient pas, ici, il y a évolution.

Dans la première hypothèse, si une opinion — interprétation des faits — se trouve démentie par les recherches postérieures, il y a lieu de procéder à une rectification. Mais cette dernière ne change rien aux choses elles-mêmes, puisqu'elles sont considérées comme stables. C'est nous qui cherchons à orienter notre opinion vers une connaissance qui s'approche davantage de la réalité. C'est pourquoi il y a lieu de parler de l'erreur ; entre deux opinions antagonistes, il y en a une qui doit prévaloir. La contradiction joue le rôle décisif.

Le droit ne montre pas cette stabilité : il se transforme et, nécessairement, il doit exister un facteur qui nous fait voir comment les changements s'accomplissent. Lorsqu'on se met à sa recherche, on découvre facilement en quoi il consiste. Le fait juridique, avant de devenir tel, doit passer par le creuset de notre intelligence, de la logique humaine. Bien plus, sa naissance, son existence sont conditionnées par ce fait, qu'il doit se former et se déformer dans ce moule qui est le cerveau humain. En sortant de là, il ne marque pas seulement une existence de fait, il est purifié, il a sa logique propre, la logique de l'époque et du milieu. S'il en est ainsi, c'est que, tout en pouvant dire que la conscience collective et la conscience individuelle font deux, le support de la conscience commune reste toujours l'individu, elle ne peut être

exprimée que par les instruments dont celui-ci dispose. L'expression juridique c'est la règle et comme elle s'adresse aux hommes, en l'établissant on ne peut procéder autrement que de la formuler conformément aux lois de la pensée de celui qui l'a exprimée et de celui à qui elle s'adresse.

Nos conceptions diffèrent, en comparaison, avec celles des époques précédentes, peut-être en partie, parce qu'il y avait erreur dans leur appréciation, ensuite parce qu'alors on ne se rendait pas compte de toutes les situations qui comporteraient le même traitement, mais aussi pour une grande part, parce que le milieu a évolué ; de sorte que les oppositions qui en découlent trouvent leur raison d'être, en partie, dans les meilleures appréciations des mêmes données ; d'autre part, dans ce fait que les nouvelles situations sortent d'un milieu qui leur est spécial, d'une logique qui est la leur et on dirait qu'elles s'y superposent plutôt qu'elles ne s'opposent aux cas réglés. Ce qui change à n'enviesager que cette dernière conjoncture, ce n'est pas l'interprétation des choses, mais le fait qu'on examine est déjà comme une interprétation, de sorte qu'en changeant l'explication, nous ne modifions pas seulement une opinion, mais nous constatons qu'il y a là un fait nouveau qui s'est constitué. Comme ce dernier a la forme logique, il y a lieu de parler d'une contradiction, contradiction qui est sans importance.

Pour cette raison, il ne peut être question d'une conclusion fausse ou d'une erreur, comme c'est le cas là où notre raison n'admet qu'un seul plan. La nouvelle règle s'oppose à ce que la tradition nous a légué comme conscience commune, mais pour pouvoir dire qu'il y a là une erreur, il faudrait prouver, au préalable, que la tradition contient la vérité et que c'est une vérité pour nous. Les deux conceptions qui

s'opposent l'une à l'autre, regardées à travers le temps, qui les sépare, ne sont que des faits distincts. Or puisqu'on reconnaît l'évolution, on ne peut pas rejeter ce qui la fait voir. Les faits créent le droit, le législateur ratifie plus souvent qu'il ne crée. La vie, parce qu'elle est la vie, est sans cesse en mouvement, sans cesse en progrès. La société ne vit que par ces transformations successives et celles-ci créent de nouveaux besoins et par suite de nouveaux droits. Ils peuvent être différents des anciens, ils peuvent en être aussi la négation. Dans l'un et l'autre cas, ces droits nouveaux non prévus par la législation ancienne, sont en dehors d'elle ou au-dessus d'elle : en dehors s'ils sont différents, en dessus s'ils sont contradictoires (1).

En un mot, regardé à travers ses transformations, si l'on peut dire que le droit obéit à certaines tendances, une raison unique n'existe pas ; au contraire, il s'accommode très bien, dans son cours, de la pluralité des tendances puisqu'il n'est que le moyen de satisfaire le but de la société, sans considérer si les voies qu'il suit sont rationnellement contradictoires.

Deux règles luttent et, dans ce combat, on emploie, de part et d'autre, des arguments pour défendre ses convictions ; mais en définitive, elles se détachent comme deux faits qui se succèdent dans les temps et, envisagées sous cet angle, il n'y a plus à parler d'une opposition, elles se suivent, mais ne se contredisent pas, puisque chacune a sa logique propre.

Or, si ce raisonnement soustrait à la contradiction ne nous conduit pas à une autre conclusion, mais nous fait

(1) Ch.-César Bry, *La méthode d'interprétation du droit civil, la coutume et le droit comparé*, *Revue générale du droit*, 1904, p. 344.

seulement constater qu'il s'agit là de faits distincts, nous nous expliquons comment la science trouve un terrain, où elle peut opérer, en tant que science d'observation. En effet, ce conflit ne peut pas signifier qu'on puisse mettre l'autorité des sources extra-légales et de la science, au-dessus de celles de la loi. Ce qu'elle peut faire, c'est de chercher un terrain d'où on pourrait juger la règle légale et celle nouvellement constatée d'une façon objective. Par conséquent, la science de cette constatation qu'il y a contradiction ne peut pas tirer un droit pour elle, mais seulement les règles de sa méthode, trouver des procédés qui envisageraient ces situations en apparence contradictoires comme des faits distincts.

Cette méthode est-elle à chercher ? Elle existe ; elle n'est pas autre que la méthode sociologique avec les procédés qu'elle a introduits.

III

Ayant ainsi écarté le danger, revenons maintenant à notre proposition. Nous disions que ce qui empêche de se faire de la loi une idée acceptable, c'est cette circonstance qu'elle est raisonnement, et que ce raisonnement, dans la pratique, s'accommodé de la contradiction. Mais alors, puisque cette notion de la loi vicie tous les systèmes d'interprétation, n'y a-t-il pas moyen de nous passer d'elle ? Les améliorations qu'on a apportées à la science depuis un siècle, nous permettent d'affirmer qu'une méthode qui embrasse tout l'objet est établie. Par suite, s'il y a une science qui englobe toute la matière, une notion de la loi n'a aucun rôle utile à remplir. Et pour nous convaincre qu'ef-

fectivement, on peut éliminer toute idée d'elle, il nous semble qu'il n'est pas nécessaire de faire un bien grand effort. Nous n'avons qu'à reprendre les données du problème et, en regardant les choses de la façon la plus naturelle, nous verrons qu'en réalité elle ne sert à rien.

Tant qu'il s'agit de considérer la loi comme cas normal de la vie juridique, la seule nécessité de l'établir force le juge à la respecter. Le droit à sa source dans la conscience collective, mais son support est l'individu, il n'arrive à l'expression qu'à l'aide de moyens dont dispose ce dernier, ce qui fait qu'il y a toujours une formule. En tant que formule, la loi n'est pas seulement un fait sans aucune signification que nous aurions à interpréter pour déterminer son sens. Etant donné qu'elle est avant tout l'œuvre de l'homme, comme telle elle est déjà frappée de sa logique. Par conséquent, même en dehors d'autres considérations, le juge y trouve les éléments de ses jugements.

D'autre part, autant qu'il s'agit des raisons qui doivent objectivement expliquer le contenu de la loi, en tant que fait, il y a une méthode depuis longtemps en usage. Dans les considérations de l'histoire des institutions juridiques, on trouve suffisamment d'éléments que l'application de la loi en principe ne peut pas être mise en doute. Et comme l'unique manière pour que la loi naisse et s'extériorise est la forme logique, nécessairement, pour être utile à la pratique, c'est autour du texte légal qu'elle disposera ses investigations en le prenant comme base. C'est dans ces limites qu'on peut parler de la volonté du législateur et de toutes les circonstances qui entourent l'établissement de la loi comme des éléments facilitant la recherche. Mais ce ne sont plus les éléments décisifs de

l'interprétation, mais seulement des cadres provisoires ; ce qui revient à dire que le meilleur guide n'est ni la notion, que nous nous en faisons, ni les idées que nous y mettons, mais la méthode qu'on doit appliquer à l'objet et aussi ce qu'énonce la loi elle-même. Donc sous ce rapport, il est indifférent de savoir quelle est l'idée qu'on se fera d'elle. D'ailleurs c'est aussi la conclusion à laquelle est parvenu M. Gény (1).

Mais si cette conception est indifférente, elle est aussi inutile. Et en effet, autant qu'il s'agit d'expliquer le droit comme produit historique, quelle nécessité y a-t-il de superposer à une méthode par excellence scientifique et qui est basée sur les faits directement observés, une conception de la loi qu'on n'élabore, somme toute, que sur un élément artificiel.

En écartant toute notion, l'avantage apparaît au moment où on doit étendre le texte. Comme il n'y a plus rien qui, d'avance, conditionne et détermine l'emploi du raisonnement par analogie, il est possible de l'envisager tel qu'il est et de l'apprécier à sa juste valeur. De cette façon, nous ne sommes plus obligés de regarder l'extension de la loi dans une perspective, plutôt supposée que réelle comme c'est le cas dans la théorie de la volonté et l'ayant mise sur un terrain trop étroit, la rejeter au besoin. Pour la même raison, il n'y a aucune nécessité de l'englober dans la loi et, vu que l'extension envahit toute la matière, de faire contenir à la loi plus qu'elle ne contient effectivement. Nous n'avons plus besoin de revenir là-dessus.

(1) F. Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne*, *Le livre du centenaire*, 1904, p. 996-997.

Mais où il y a surtout utilité, lorsqu'on ôte cette notion, c'est au moment où tout en reconnaissant l'importance de la loi, il faut introduire d'autres éléments extra-légaux. Par cela même que la loi n'est qu'une technique, on indique qu'il ne s'agit pas de la substance même du droit. D'autre part, comme on ne se fait pas l'idée nette et arrêtée concernant son fonctionnement qu'on n'est pas en présence d'une conception préconçue, qui la rétrécit trop, ou qui y met trop de choses, tout en retenant ce qu'énonce sa logique, nous pouvons prendre la loi pour ce qu'elle est effectivement, une œuvre humaine insuffisante et inachevée. Par suite, en présence d'une vieille règle, pour se conformer à l'évolution du droit, quoique le respect du texte soit chose normale, puisqu'on ne la fixe plus sur un élément stable et que la matière qu'elle contient est sociologique, on peut introduire d'autres éléments, non dans le texte lui-même, mais à côté de lui. De cette façon, il n'y a rien qui nous gêne au cas où il y a lieu de détacher une situation du texte, qui l'englobe et dont la rédaction se justifiait pleinement au moment où il fut établi, et de la considérer au milieu des données actuelles, lorsque les circonstances imposent d'apprécier ce rapport juridique, autrement que ne l'a fait le législateur.

Certainement, en procédant à ce travail, si l'interprète s'abandonnait à ses propres impressions, ce serait le subjectivisme le plus pur. Mais nous venons de constater que cette contradiction ne constitue pas un inconvénient pour établir une méthode objective ; d'autre part, déjà au début de cette étude, avons-nous décrit en quoi consiste cette méthode juridique. De même que nous pouvons dire que l'histoire du passé nous empêche de faire de la loi ce que nous

voulons, de même ici nous trouvons des procédés qui nous donnent des critères objectifs, autant qu'il est nécessaire de comprimer les cadres de la loi. Cette méthode s'empare de cette contradiction, qui notifie qu'il y a là des faits qui se superposent, mais qui ne s'opposent pas, et consiste précisément à regarder les objets en dehors du choc et à introduire les procédés appropriés à l'objet. En un mot, ce que la méthode historique a fait pour le passé, la méthode sociologique l'applique au présent, ou plutôt le principe que l'école historique a mis au jour, au lieu de le considérer comme vrai, seulement pour une partie du droit, elle l'étend au droit dans son ensemble et dans toutes ses phases. D'ailleurs, reconnaître la méthode historique, est-ce autre chose que de reconnaître que, dans la succession des faits, la contradiction n'est pas objective. Mais le moment dans lequel nous vivons appartient aussi à l'histoire ; l'explication des phénomènes peut changer sous nos yeux ; comme il y a des contradictions dans le passé, il peut aussi y en avoir dans le présent. L'histoire nous fait découvrir le pourquoi du passé. Le pourquoi du présent peut être différent. Les faits juridiques sont non seulement ceux qui ont obtenu une consécration législative, mais ceux aussi qui se développent sous nos yeux. Introduire la méthode sociologique, c'est affirmer qu'on se conforme aux faits tels qu'ils sont, que ce qui est vrai peut être en dehors d'une idée que nous nous sommes formée en vertu d'une évolution antérieure. L'histoire vaut comme preuve intégrale uniquement pour les époques précédentes, pour le présent, elle vaudra autant que la solidarité sociale a conservé la même tendance. Mais d'un autre

côté, pour juger ce nouveau pourquoi du présent, il nous devient impossible de l'envisager avec toute l'impartialité désirable, précisément parce que nous sommes sujets et objets, il s'agit de trouver un moyen qui nous permettrait de le regarder en dehors de notre conscience, comme si nous n'étions pas en question, de le regarder comme s'il s'agissait du passé. Notre tâche consiste à ôter aux choses cet aspect personnel et subjectif, et à chercher une vérité conforme aux faits et en dehors de nos sentiments.

La méthode sociologique dont nous connaissons les éléments ne fait pas autre chose : elle s'empare de ce fait que dans le droit il y a la contradiction qui n'est pas objection, mais elle ne repose sur la possibilité de tout contredire, elle ne s'arrête pas purement et simplement à ce raisonnement subjectif. Ce raisonnement, tout en étant l'élément dont la science se sert, n'est pas la science elle-même ; elle ne coïncide pas exactement avec lui, elle est quelque chose de plus. En observant le présent, elle s'inspire des sentiments et des tendances de la société actuelle, mais choisit elle-même l'angle sous lequel elle peut regarder son objet, pour dégager le principe. La science est une logique, un ensemble de procédés adaptés à la matière et destinés à rectifier les faiblesses de notre esprit pour un travail méthodique, de sorte que si la science prend en considération ce raisonnement pratique, elle tâche d'y ajouter des éléments qui permettent une élaboration objective et cherche à placer le critère en dehors de ce raisonnement qui ne comporte plus la contradiction, s'efforce de trouver un terrain où la contradiction est exclue.

Si le cadre dans lequel la science peut envisager son

objet est tel qu'on vient de le décrire, on se rend compte en quoi doit consister sa tâche, autant qu'il est nécessaire de regarder le droit à travers l'évolution et de quel secours elle peut être pour l'interprétation des lois.

Lorsqu'il y a une règle en voie de formation et qu'apparemment elle est en opposition avec le texte, au lieu de chercher dans ce choc d'idées le principe conducteur, chose impossible, elle ne peut que décrire un cercle autour des rapports. Sa seule préoccupation, c'est de déterminer objectivement la valeur d'une proposition donnée en dehors d'un plan préalablement conçu, par conséquent écarter la contradiction ; chercher en dehors d'une logique du moment et par là incomplète, la coexistence de deux idées de la manière, comme si elles étaient deux faits de la nature, dont chacun demande à avoir sa place.

Les procédés scientifiques employés de cette façon avec les éléments qu'ils mettent en valeur, nous permettent de chercher à écarter l'arbitraire, autant que la conscience collective est agitée par des nouvelles conceptions et que nous sommes portés à sortir trop du cadre légal ; d'apporter une atténuation à cette tendance qu'on remarque assez souvent chez le juge, d'exagérer dans le conservatisme et de rendre plus souples les idées qui lient les textes d'une institution dans un ensemble et qui servent de guide pour les élaborations ultérieures. En un mot, autant que nous nous apercevons qu'une question commence à sortir de son milieu primordial, si elle n'a pas le droit de changer complètement une règle formulée dans la loi, ces procédés serviront à circonscrire son application, à limiter son domaine.

C'est ainsi, lorsque se présente le cas où il faut savoir,

si en présence d'un texte précis et clair, il est possible de détacher une situation de son cadre, la méthode nous permet d'écarter les inconvénients qu'on rencontre souvent dans la pratique et de ne pas poser les questions dans un cadre trop étroit d'idées. Dans les hypothèses semblables, son rôle ne consiste pas de savoir si on peut contredire la loi. Etant donné que cette contradiction est un élément sur lequel repose l'évolution, il n'y a là rien qui devrait étonner. Mais, d'autre part, étant donné le subjectivisme du raisonnement auquel nous recourons dans des cas semblables, elle doit, tout en constatant la possibilité de détacher un cas de son milieu primordial, examiner toutes les données qui doivent entrer en ligne de compte et sa tâche consiste dans une expectative raisonnée et la multiplication des éléments qui peuvent contribuer à éclairer le problème, en amortissant le choc entre un oui et un non catégorique, qui résulte de la logique de la loi et de la logique de la nouvelle règle.

Dans cet ordre d'idées, en dehors de ce cas où il s'agit de la portée d'un texte dont les contours sont déterminés, les questions qui se posent fréquemment devant la jurisprudence, c'est de savoir si en présence d'une règle générale, il est possible d'appliquer une exception à un cas non prévu ; est-il admis d'étendre les présomptions légales à d'autres hypothèses que celles prévues par la loi, les fictions peut-on les appliquer par la voie d'analogie ? La réponse, en ce qui concerne ces questions particulières, en principe, ne comporte pas de doute.

Et d'abord en ce qui concerne l'exception, la règle qu'elles sont toujours d'interprétation stricte, pouvait se comprendre seulement dans une conception d'interprétation étroite comme celle des classiques : puisque la loi contenait tout

et que l'élaboration du droit consiste dans la recherche de la volonté vraie ou présumée du législateur, alors, même lorsqu'on étend le texte, on ne peut pas déranger la symétrie légale, elle comporte toujours un plan continu. Actuellement, il n'est pas possible de tenir le même langage. Nous constatons, non seulement que ce rapport entre la règle générale et l'exception est souvent défait, mais même le texte qui vise une question directement est parfois contredit. Nous savons bien pourquoi : la loi malgré son importance, n'est pas la réalité juridique même, mais technique — une création de notre esprit. Or, puisque le droit évolue, nécessairement, le raisonnement humain, qui crée les règles pour s'approprier les nouvelles idées s'accommode de la contradiction. Mais alors ce qui est vrai pour un texte qui règle une question directement, est d'autant plus vrai pour le cas où il s'agit de rapport entre le principe et l'exception.

Il en est de même avec les présomptions. Comme on le sait, il y a deux sortes de présomptions qui n'ont pas du tout la même nature. Les unes ne sont pas des preuves, mais bien des dispenses de preuves (art. 1352, al. 1). Celui qui en bénéficie n'a aucune preuve à fournir. Les autres sont de véritables preuves tirées des circonstances ; c'est ce qu'on appelle la preuve par indices. Dans la doctrine, c'est un principe généralement admis que la première catégorie de présomptions, puisque c'est la loi seule qui peut les établir, ne comporte pas d'extension ; on ne peut les appliquer qu'aux cas expressément prévus.

En acceptant cette règle, il me semble, on mêle deux questions qui n'ont rien de commun. La différence qui existe entre deux sortes de présomptions à proprement parler, ne

concerne pas l'interprétation, mais seulement la législation et ne veut dire qu'une chose, qu'il faut avoir le pouvoir de général pour ériger une présomption en une règle légale. Comme le juge ne l'a pas, il ne peut pas imiter le législateur. Mais quand on se place au point de vue de l'interprétation, toutes les présomptions se valent, elles sont toutes de la même origine, qu'il s'agisse du cas où le législateur intervient ou que cela soit le juge qui présume quelque chose, c'est toujours la présomption de l'homme, puisque c'est l'homme qui crée la règle. Par conséquent, si on peut faire cette assimilation, il n'y a aucune raison de distinguer les deux sortes de présomptions au point de vue de l'extension.

C'est de cette façon, d'ailleurs, que se sont formées toutes les prescriptions adoptées par le code, et lorsqu'on en observe le développement historique, on les voit poindre et se former dans la jurisprudence, avant de passer dans le texte, elles sont coutumières avant de devenir légales, et sous une législation moderne, on ne voit pas pourquoi la jurisprudence ne les admettrait pas (1). Et s'il y a une raison qui milite contre elles, cela ne serait pas parce que le législateur crée les prescriptions légales, mais parce qu'elles sont des créations artificielles, et comme telles n'offrent qu'une base peu solide.

Ce que nous venons de dire pour les prescriptions légales est également applicable à la fiction. Ce sont deux sortes de dispositions qui, par leur côté technique, appartiennent au même groupe ; dans toutes les deux, il y a une part d'artifice. Là on prend un état de fait pour dispenser de

(1) D., 1907, 2, 18, et note de M. Planiol.

la prendre, ici on ne voit qu'un côté de choses et on considère que, ce qui a de l'importance dans certains cas, il en sera de même dans d'autres ; on érige en règle générale un principe, lequel, strictement parlant, ne devrait être considéré comme exact que seulement pour certaines hypothèses. Et comme nous avons remarqué que rien ne s'oppose à l'extension d'une présomption, il en est de même ici : une fiction, tout en étant une création artificielle peut contenir un principe général, qu'il est possible d'étendre aux cas qui n'ont pas été expressément prévus par la loi.

Mais jusqu'où les procédés objectifs peuvent-ils nous mener dans cette direction. Puisqu'il y a évolution, la science a-t-elle le droit de renverser toutes les règles ? Nullement. Dans cette circonstance, qu'elle ne cherche qu'à établir les faits, il y a déjà une première limite. En effet puisque, de ce qu'on rencontre la contradiction dans l'évolution du droit, elle ne tire pas une conséquence directe contre le droit positif, mais cherche seulement à en détacher un rapport, pour lequel il y a lieu d'établir un nouveau principe, par cela même elle ne détruit pas la règle qui, par sa conformation logique, s'oppose au fait nouveau. En détachant une situation de son cadre, cette dernière reste toujours valable pour les autres cas qu'elle englobe.

Ensuite, puisqu'elle ne cherche que d'établir les faits, son intervention ne peut être efficace qu'autant qu'ils sont effectivement constitués. Par conséquent elle ne peut pas plaider en faveur d'une solution, qui va contre la symétrie légale, que lorsque l'observation de toutes les données témoigne que la nouvelle conception a pris déjà une base solide dans la conscience collective. Or les faits juridiques ne se transforment pas du jour au lendemain. Il y a évolution, mais

elle est très lente. Ce qui fait que souvent les rapports qui se présentent comme objet d'observation, quoique dans l'appréciation sociale ils commencent à se détacher du cadre dans lequel les a envisagés le législateur, ne représentent pas encore un fait nouveau. C'est pourquoi justement, tout en pouvant dire que la méthode sociologique nous a donné une science dans le vrai sens du mot, au point de vue du rendement, ses résultats ne sont pas aussi sûrs que dans d'autres sciences. Par suite, si nous voulons que cette observation reste objective, elle ne peut pas être libre. Etant donnée qu'il lui est impossible de prévoir le cours d'idées elle ne doit pas se permettre de susciter le mouvement en faveur d'une conception. En le faisant, elle sortirait de son rôle. Et on se rend compte en quoi doit consister l'interprétation dans les hypothèses pareilles. A côté de cet élément changeant dans le droit, il y a aussi l'autre, lequel à chaque moment de l'évolution, en la prenant dans ses phases successives, représente l'élément stable et comme la méthode que nous employons est à double face, et qu'elle n'envisage que la réalité, puisque l'observation ne nous fait pas découvrir un droit nouveau, alors les faits qui existent, partant le droit positif est encore le seul décisif ; nous devons nous tenir à ce qu'il nous offre et comme la loi est toujours sa meilleure expression, nous y trouverons les éléments nécessaires qui empêcheront les précipitations. La loi, quoiqu'elle ne représente pas une synthèse scientifique, mais synthèse quand même, et que son existence est indispensable pour la vie en commun dans les sociétés modernes, elle servira toujours de frein. Et on se rend compte comment elle remplira ce rôle. Nous ne nous faisons aucune idée de son

emploi, ne l'ayant détachée de sa base, elle reste toujours ce qu'elle est, une logique, par conséquent c'est par ce qu'elle annonce par ses cadres techniques qu'elle empêchera les empiètements. Ainsi, de même cette logique, aidée par cette partie de la méthode qui plonge dans le passé, nous explique ce que doit être l'application de la loi en tant que cas normal, de même cette logique indique les cadres que le juge doit toujours considérer comme provisoirement vrai, lorsque la science n'offre pas des critères objectifs, quand elle envisage le présent.

IV

La conclusion de l'exposé qui précède : nous pouvons nous passer d'une notion de la loi autant qu'il s'agit de voir en elle le cas normal, c'est en l'écartant que nous trouvons l'explication pourquoi nous pouvons passer d'une règle insérée dans la loi à une autre qui la nie et quoiqu'il y a apparemment contradiction, il y a une méthode adaptée à l'objet. Finalement cette notion est inutile même lorsqu'il s'agit d'exprimer la relativité de la science. Mais alors étant donnée l'impossibilité d'appuyer la conception de la loi sur une idée acceptable, ne pourrait-on l'écarter, comme une conception embarrassante et abandonner à la science toute seule l'élaboration du droit ?

Pour nous convaincre que tous les inconvénients ne viennent que de ce qu'on croit nécessaire de prendre comme point de départ de toute l'interprétation, une notion de la loi, nous n'avons qu'à revenir brièvement sur les deux théories que nous avons discutées au début de cette étude.

Prenons d'abord celle de M. Gény. Comme on se rappelle,

ce qui, d'après lui, constitue le principe de l'application de la loi, c'est la volonté certaine du législateur : tant qu'elle existe, un empiètement sur le domaine légal n'est pas admissible et, dans la mesure où le législateur a statué, les autres sources n'ont rien à faire. Ayant ainsi exagéré l'élément légal, les autres sources joueront un rôle beaucoup trop effacé. Pour cette raison, quoique M. Géný admette la coutume et la jurisprudence comme un élément d'élaboration du droit, puisque dans la société moderne régie par la législation codifiée la loi écrite joue le principal rôle, leur valeur en tant qu'élément objectif d'élaboration devient trop faible, et nécessairement, pour trouver un complément, lorsque la loi fait défaut, M. Géný est amené à le chercher dans ce domaine vaste et vague de la libre recherche scientifique. En un mot : ayant rétréci sa méthode outre mesure d'une part, il est obligé de l'élargir trop de l'autre.

On a cherché à atténuer cette conception et on a dit : si la volonté du législateur est l'élément essentiel de la loi, rien ne s'oppose de la considérer comme une volonté raisonnable qui se plie aux circonstances. Certainement, lorsqu'on admet ce tempérament, il devient aisé d'envisager autrement que ce n'est le cas dans la théorie de M. Géný, les éléments qui doivent entrer en ligne de compte. C'est ainsi que devant cette conception, il devient possible de considérer la jurisprudence comme un organe de la coutume, quoique elle ne la formule pas, et de lui accorder une part très large dans l'élaboration. Par suite, comme on introduit un facteur réel dans la formation du droit, tel que la jurisprudence, la recherche scientifique même obtient un autre aspect. Pour arriver à son but, elle n'a pas besoin de s'appuyer sur les

premières données de la conscience, mais sur les éléments positifs de l'organisation sociale.

Mais pour faire entrer ces éléments dans la loi, est-il nécessaire de prendre toujours cette volonté comme point de départ, en l'assouplissant. Si cette conception implique un vice inhérent à l'idée même dont on se sert, il y aurait là seulement une atténuation, mais ce cadre homogène dont on est en quête n'existerait pas.. En effet, puisque la loi repose toujours sur la volonté du législateur, ce qui entre en premier lieu dans cette définition, c'est la pensée du législateur d'autrefois. Certes, on tient compte de ce qu'aurait décidé le législateur d'aujourd'hui, mais entre ces deux moments, il peut y avoir la contradiction. Or, comme ils sont tous les deux critères, le choc est inévitable. Ainsi au lieu de chercher à écarter la contradiction, on l'admet directement. Mais alors, que devient l'élaboration objective. Parler au nom de la science, c'est, somme toute, parler au nom d'une logique et cette science a comme point de départ, une notion qui voudrait définir une pensée, en l'occasion, la volonté du législateur, qui s'accommode de la contradiction. Et on comprend pourquoi cette théorie aussi se heurte à une chose impossible.

En ce qui concerne la théorie sociologique, elle est, sous certains rapports, sûrement supérieure à la précédente. Comme elle écarte complètement la volonté du législateur en tant que critère, et qu'elle ne voit, dans la loi, qu'une donnée sociologique, qui doit se plier à l'évolution, en même temps que celle-ci reste la directrice de la vie, elle peut suivre les transformations sociales et s'adapter aux circonstances; par suite, il devient possible d'introduire des éléments extra-légaux dans le sein même de la loi, sans nous

heurter à une alternative qui résulte de la théorie précédente. Mais où est sa faute, c'est d'admettre, puisque le droit évolue, qu'il en doit être de même avec le texte. Si nous étions en possession d'une méthode capable de nous donner une solution pleinement satisfaisante pour chaque question qui se pose, il n'y aurait aucun inconvénient, mais elle est relative ; d'autre part, la loi est le raisonnement, et nous savons bien quelle est la caractéristique de ce raisonnement du juge, dont il se sert pour faire évoluer le droit. C'est pourquoi on a pu dire : comment la loi restera-t-elle le guide, une fois qu'on la détache de la volonté qui l'a émise.

Certes, dans cette opinion, on voudrait parer à l'objection en disant qu'il faut ramener chaque solution au texte. Mais il est facile de se rendre compte qu'il n'y a là qu'un artifice qui consiste à considérer les solutions obtenues comme définitives, quoiqu'elles ne le soient pourtant pas. D'ailleurs, puisque nous sommes maître, sur quel texte l'appuyer, alors tout dépend de nous.

Ce petit résumé suffit, je crois, pour convaincre que toutes les fois que nous aborderons le problème de l'interprétation de ce côté où il faut définir les lois, nous sommes condamné d'avance à l'échec.

Or, s'il en est ainsi, puisqu'il y a un cadre où notre raison peut se mouvoir, et que la science embrasse tout, à quoi sert de parler d'une notion de la loi ? puisque c'est elle qui vicie la conception. N'y a-t-il pas lieu de l'écarter ? En effet, nous comprenons cette nécessité dans la doctrine classique, où tout est contenu dans la loi. Il n'y a pas de droit en dehors de la volonté du législateur. Pour expliquer comment la loi épuise, pour ainsi dire, tout le droit, il faut la

baser sur un principe qui nous rende la chose compréhensible.

Une fois la plénitude du droit écrit rejetée, au moment où on ne pouvait qu'entrevoir la nouvelle méthode de l'avenir, on comprend encore sa nécessité dans une certaine mesure. A ce moment, on ne pouvait encore rejeter l'ancien cadre, mais seulement l'élargir en le perfectionnant. La méthode n'est pas encore définitivement achevée. Ce qu'elle offre de certain, c'est seulement l'histoire des institutions en ce qui concerne les faits actuels, sa force s'affaiblit, il n'y a plus de méthode objective, c'est l'incertitude et le vague. Or en prenant la loi comme point de départ, comme formule la règle est le signe du pouvoir, nécessairement ce qui vient dans la suite pour combler le vide en sera aussi la marque. Le législateur formule des impératifs ; de même la science. Dans ces conditions, ce qui est inévitable avant d'admettre cette investigation indépendante, c'est d'introduire une notion de loi qui détermine bien sa sphère,

Mais ce qui est admissible pour les époques précédentes, ne l'est plus pour nous ; la science ne signifie plus ce qu'elle pourrait signifier pour les classiques ; elle est aujourd'hui établie dans toute son étendue, la base est identique, soit qu'il s'agit du passé, soit qu'il s'agit du présent. Elle est observation ; nécessairement cette conception qu'elle puisse dicter les règles tombe. Quand on se place au point de vue de la méthode, la science et la loi font deux. Cette dernière n'a sa raison d'être que dans la nécessité pratique et provient d'une autorité, la première n'est que spéculation et ne cherche qu'à constater des faits. En continuant dans la même voie que les classiques ont tracée et en cherchant seulement à apporter des améliorations, nous sommes pris comme dans

un piège. En parlant d'une notion de loi, comme on détermine un impératif, ce qui va venir dans la suite ne peut être qu'un complément, donc un impératif aussi ; comme le législateur dicte la loi, de même la science les règles qu'elle met au jour. On prévoit déjà ce qui va se produire, de même qu'une société pour vivre doit avoir des règles impératives et catégoriques, de même la science à défaut de cette formule, doit en faire autant et dans ces conditions, si on admettait que la science puisse travailler sur toute la matière comme elle dicte les règles, ce serait mettre en doute la loi elle-même.

D'après sa nature, elle n'est qu'observation et ne permet que de se mettre à une distance des faits, pour les regarder objectivement. Ici elle doit les dicter et comme elle n'est pas toujours à même de le faire, l'exagération est inévitable. Naturellement, on cherche à arranger les choses et on y parvient ou en faussant le mécanisme comme dans la première théorie, ou en le forçant comme dans la seconde.

Mais ce qui était un expédient excellent pour les époques précédentes, est une entrave pour le temps présent. Une fois ce cadre scientifique établi, non seulement il n'est nécessaire de mettre une barrière entre elle et la loi, en définissant la dernière, mais en principe cette définition doit être écartée. La science, puisqu'elle embrasse toute la réalité, embrasse le droit positif, partant le droit contenu dans la loi. Le législateur tire ses règles de la même source que la science. Nécessairement les règles qu'a formulées le législateur doivent entrer en ligne de compte. Mais cette loi-formule, n'est pas la réalité même, mais avant tout une technique, ce qui correspond à cet ordre d'idées loi, règle du droit, expression de pouvoir, c'est la technique juridique et le pouvoir du

juge. Quand on suppose qu'il est possible de définir la loi, on passe outre sur ce qui sépare la science de la législation. C'est une technique, mais puisqu'on peut la définir et vu son importance, c'est comme si on définissait la réalité même.

L'idée que la loi joue ce rôle du réel dans un certain sens, peut être utile pour prémunir la pratique de l'exagération. Mais l'interprétation n'est plus pure pratique c'est une observation et une élaboration scientifiques. Or ces notions élaborées pour la pratique et par la pratique, peuvent-elles trouver de la place dans un cadre scientifique ? Celle-ci, de parti pris, écarte ces conceptions, qui faussent le mécanisme et entravent la route vers l'objectivité. En mettant une notion de la loi comme point de départ de toute interprétation et en posant l'élaboration scientifique à côté d'elle, nous ne faisons pas autre chose. Il y a un cadre où l'objectivité est possible, par esprit d'habitude, nous nous attardons aux vieilles conceptions. Accepter la science, cela veut dire qu'on s'évertue d'étudier intrinsèquement les faits juridiques, même en dehors de leur logique, reconnaître que ce que nous appelons sources, n'est pas la réalité même, mais une technique. Or, quand on se place à ce point de vue, il est impossible de se faire une idée de l'ensemble, en mettant une conception de la loi comme point de départ, c'est reconnaître qu'on veut étudier le droit dans son essence et avouer que cette élaboration ne peut s'édifier qu'en prenant comme base la définition d'une chose artificielle. Il en restera toujours une part de fiction et c'est pourquoi on tombera dans un excès ou dans un autre. Comme on le voit, la fiction n'est ni dans la volonté du législateur ni ailleurs, elle est, en général, dans la prétention de définir la loi.

Maintenant on se rend compte que reconnaître la loi et la définir comme partie d'un ensemble, d'autre part, introduire la science pour faire du tout un cadre objectif, c'est créer une difficulté soi-même, elle n'existe pas dans les choses, c'est nous qui l'introduisons. Par suite, de même qu'on a pu dire pour l'école historique que tout en donnant une nouvelle orientation à l'étude du droit, en comparaison avec l'école du droit naturel, elle n'a pu se débarrasser de toutes les idées de cette dernière doctrine ; il en est resté quelque chose : la conscience collective aveugle qui se révèle d'elle-même, le droit organisme qui se complète par sa logique intérieure ; de même les nouvelles écoles à l'heure actuelle, tout en donnant d'autres critères, à la place de ceux des interprètes et de l'école historique n'ont pas écarté certaines notions qui sont contraires à la direction scientifique. Et l'on comprend pourquoi bon nombre d'auteurs se refusaient absolument à entrer dans la discussion du sujet, non qu'ils n'acceptent ni n'utilisent la méthode, au contraire. En effet, c'est admettre un cercle vicieux d'idées, que d'introduire une nouvelle méthode purement scientifique et la faire reposer sur un cadre purement pratique.

CONCLUSION

Nous avons d'abord posé la question d'analogie ; comme elle est renfermée dans les principes de l'interprétation, il fallait, avant tout, se faire une idée de celle-ci. En discutant les systèmes actuels, nous avons constaté qu'ils laissent tous une difficulté justement à l'endroit où on applique l'analogie ; donc elle apparaissait de nouveau et nous étions amenés à mettre en contact direct ces deux questions si étroitement liées l'une à l'autre, en cherchant à voir, puisque la difficulté reste dans tous les systèmes, si, dans le choc des principes concernant deux problèmes connexes, on ne trouverait pas la voie qui nous permettrait de mettre de côté ce qui empêche de se faire une conception acceptable de l'interprétation.

Je crois avoir contribué, dans la mesure du possible, à l'éclaircissement du problème. Certes, avec ce que nous venons de dire, on ne pose pas les bases de la méthode juridique, mais autant qu'on veut discuter cette question, on a écarté ce qui gêne les différents systèmes.

Alors ne pourrait-on dire que l'affirmation que nous avons émise au début, se justifie pleinement ? Que s'il y a des inconvénients, de la manière dont les théories d'interprétation posent le problème en général, ce n'est pas parce qu'un élément fait défaut et qu'on ne l'apprécie pas à sa juste valeur,

au contraire, c'est parce que cette difficulté, nous la créons nous-même.

Sûrement, ce que nous venons de constater n'épuise pas le sujet, l'interprétation comporte un développement beaucoup plus large, donc maintenant il serait possible de passer à une discussion plus détaillée, de démontrer notamment, au point de vue pratique, l'avantage de notre proposition.

Si nous avions voulu envisager tout le problème, ce serait, peut-être, le moment de le reprendre sous toutes ses faces et, ayant établi le principe, en dégager les conséquences. Mais nous avons reconnu que tout le monde est prêt à penser la même chose. Reprendre la discussion en entier, ce serait revenir sur des choses inutiles. Ensuite n'oublions pas que si nous avons pris l'analogie comme biais entre autres raisons, c'est surtout parce que nous n'avons pas voulu mettre en doute l'ensemble des conceptions, au contraire, nous les acceptons dans la plus grande partie. Il s'agit plutôt d'exprimer autrement une chose qui est présente à l'esprit de tous. Nous avons choisi un endroit où cette expectative est réalisable. Mais en même temps, il faut reconnaître que le sujet est restreint, l'analogie n'est qu'un détail. Si l'on peut affirmer que les constatations établies touchent toute la matière, ce n'est pas dire qu'elles nous permettent de discuter tout le problème. Quoique nous soyons à un tournant où toute interprétation est en question, elle ne peut pas la déterminer dans son ensemble. D'ailleurs, nous devrions longuement nous étendre seulement dans le cas où nous aurions produit un élément de plus aux données sur lesquelles repose la méthode. Il serait donc indispensable de voir comment il s'accommode avec le reste. Or, notre conclusion ne mène pas à un complément de critère ; au contraire, elle

écarte seulement une idée inutile en laissant le reste intact. Mais malgré ces restrictions, on obtient un résultat, nous semble-t-il. L'entrave qui barrait continuellement la route n'existe plus et si nous ne nous prononçons pas sur tous les points, on projette une lumière sur toute la matière et on détermine la voie à suivre pour poser et discuter les questions juridiques. Certainement ce n'est pas un résultat positif, mais s'il est possible et nécessaire d'écarter une idée qu'on croyait indispensable et qui prenait une grande place dans toutes les théories d'interprétation des lois, c'est tout au moins une économie de l'effort, but final de toute méthode.

Pour mettre en relief l'idée que nous poursuivions, par moments, peut-être, avons-nous poussé trop loin la critique. Nous ne l'avons fait, comme on voudra bien le remarquer, que parce que, sur la route que nous devons suivre, des obstacles nous l'imposaient. Nous espérons qu'une indulgence nous sera accordée et qu'on nous excusera en songeant aux difficultés qu'il nous a fallu, pour aboutir à notre conclusion.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu :

Le Président du jury,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur :
l'Inspecteur de l'Académie,

ALBERT CAHEN.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PREMIER

- I. Poser la question d'interprétation c'est poser la question d'analogie. — II. L'interprétation dans ses différentes phases depuis la promulgation du Code civil. — III. La conception de l'analogie dans la doctrine française jusqu'aux théories modernes de l'interprétation. — IV. a) L'analogie dans la théorie de la volonté du législateur ; b) l'analogie dans la théorie sociologique. . . page 1

CHAPITRE II

- I. Pour résoudre le problème il faut revenir à l'interprétation dans son ensemble : les deux théories. — II. Si on ne surmonte pas la difficulté c'est parce que, de la manière dont on pose la question, on se met entre des postulats contradictoires ; logique de la loi, logique de la science. — III. Impossible de rejeter la loi, inutile de rejeter la méthode. — IV. Les inconvénients de recourir aux idées philosophiques. On doit résoudre le problème avec les données telles qu'elles sont. — V. Toute la difficulté n'est peut-être qu'un pseudo-problème. L'analogie comme vérification de cette hypothèse. page 39

CHAPITRE III

- I. L'analogie dans les espèces simples. — II. Le cas dans lequel le procédé travaille sur une base plus large. L'analogie dans les hypothèses où la volonté des parties privées joue le principal rôle.

— III. Série d'exemples où l'analogie permet de créer le droit. Elle va contre les principes qui sortent directement de la loi. L'analogie envahit même le texte de la loi. — IV. L'explication du procédé. — V. La valeur objective de l'analogie. . . page 70

CHAPITRE IV

- I. Les conséquences des constatations faites par rapport à l'interprétation en général. Si on peut affirmer que l'élaboration du droit implique un raisonnement soustrait à la contradiction dans certaines hypothèses, il devient impossible de se faire une idée de la loi. — II. Le danger de reconnaître ce raisonnement. Ce danger n'est qu'apparent. — III. On peut se passer de toute notion, il y a une méthode scientifique qui embrasse toute la matière. Elle explique la nécessité de nous conformer à la loi en tant que cas normal, et offre des procédés objectifs qui permettent de regarder le droit en dehors de la contradiction. — IV. L'inutilité de se faire une idée de la loi page 130
- CONCLUSION. page 165



